

Continentalisation

Cahier de recherche 2000-03
Février 2000

LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENTS DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS L'ALÉNA COMME MODÈLE ? Évolutions récentes et perspectives d'avenir

Rémi Bachand

Groupe de recherche sur l'intégration continentale

Université du Québec à Montréal
Département de science politique
C.P.8888, succ.Centre-ville, Montréal, H3C 3P8

<http://www.unites.uqam.ca/gric>

A la fin du mois de novembre 1999 devait s'ouvrir, lors de la réunion ministérielle de Seattle, le nouveau cycle du millénaire de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les États participants n'ont pas été capables de s'entendre sur un agenda, retardant ainsi le début des négociations, mais on sait d'ores et déjà que tôt ou tard, elles reprendront de plus belle. Un des enjeux importants de ces négociations sera de reprendre les tractations qui ont eu lieu lors des pourparlers à l'intérieur l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et portant sur la création d'un *Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI), négociations qui ont échoué à la fin de l'année 1998 à cause du retrait de la France de celles-ci. Cet accord est intéressant à analyser même s'il n'entrera jamais en vigueur parce qu'il reprenait sur plusieurs points des mesures existant dans l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) et dans les différents traités bilatéraux d'investissement conclus par le Canada et les États-Unis d'une part, et les pays d'Amérique latine et des Caraïbes d'autre part. Étant donné la relative homogénéité de l'ensemble de ces traités, on peut fortement présumer que ceux-ci ont de fortes chances de servir de modèles pour un futur accord sur le sujet à l'intérieur de l'OMC.

Parallèlement, les négociations entre les pays «démocratiquement élus» des Amériques en vue de créer la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) se poursuivent activement. Un des groupes de négociation porte justement sur les investissements. Ce sujet est vu comme essentiel pour la création de cette ZLÉA. Bien peu d'informations sont accessibles pour le public au sujet de ces négociations. Cependant, étant donné une fois de plus l'uniformité relative des normes qui existent à l'intérieur des différents traités portant sur les investissements en Amérique, on peut présumer là encore que les mesures portant sur les investissements dans la ZLÉA ne varieront pas beaucoup de celles-ci. C'est justement cette similitude qui rend une étude de ces traités aussi pertinente.

Un des points névralgiques des négociations sur les investissements dans ces deux forums sera vraisemblablement la façon dont les investisseurs seront habilités à poursuivre les États lorsqu'ils considéreront que leurs intérêts sont lésés, par exemple suite à une expropriation, ou suite au non-respect des clauses de traitement national ou de la nation la plus favorisée qui seront garanties par ces accords. Cette question soulève bien des passions en Amérique du Nord suite aux poursuites qu'ont entreprises des investisseurs internationaux contre des États¹. Soumis à plusieurs critiques, mais fortement encensés

¹ Depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, quelques poursuites ont déjà été intentées par des investisseurs envers des États étrangers en vertu du chapitre 11. Dans une de celle-là, la compagnie canadienne Methanex poursuit le gouvernement américain pour 970 millions de dollars (!) parce que le gouvernement d'un de ses États (la Californie) a interdit l'ajout d'un additif (le méthanol) dans l'essence pour des motifs environnementaux. Sur ces poursuites, voir par exemple: en ligne: Public Citizen Global Trade Watch <<http://www.citizen.org>>; et en ligne

par les investisseurs internationaux, les modes de règlement des différends contenus à l'intérieur de l'ALÉNA et qu'on avait l'intention d'insérer dans l'AMI ne se présentent pas en rupture totale avec les processus préexistants, mais sont plutôt issus des revendications traditionnelles des investisseurs internationaux, ainsi qu'en continuité avec l'évolution qu'ont connue les règlements et les modes de règlement des différends au cours des dernières années.

C'est cette évolution que se propose de présenter cet étude. Elle commencera tout d'abord par une rapide présentation des recours traditionnels existants pour les investisseurs, à savoir les tribunaux des pays d'accueil et la protection diplomatique. Nous présenterons ensuite les règlements des différends les plus importants, ceux qui ont été adoptés par des organisations internationales comme la Chambre de commerce international (CCI) et le Centre international de règlement des différends se rapportant aux investissements (CIRDI). Nous ferons enfin une analyse de quelques provisions fondamentales des modes de règlements des différends contenus dans les traités bilatéraux d'investissement dont sont parties les États-Unis et le Canada d'une part, et des pays d'Amérique latine d'autre part. Nous reviendrons également sur le mécanisme de règlement des différends prévus par l'ALENA, ainsi que sur celui dont on prévoyait doter l'AMI.

A noter, cette étude a comme cadre géographique les Amériques et elle est marquée d'une démarche développementaliste, c'est-à-dire qu'elle s'intéresse principalement aux relations Nord-Sud. Elle ne s'attardera donc pas sur les traités entre les pays d'Amérique latine entre eux ou concernant un pays des Amériques et un pays ne faisant pas partie de l'hémisphère occidental.

LE RECOURS AUX TRIBUNAUX INTERNES ET LA PROTECTION DIPLOMATIQUE.

Le premier recours: les tribunaux internes.

Les premiers recours que peuvent prendre les investisseurs étrangers qui se sentent lésés par un État sont évidemment devant des tribunaux internes de l'État avec lequel ils ont ce différend. Il s'agit alors de suivre les mêmes procédures que prendrait un investisseur local afin de faire respecter ses droits. On attend donc dans les circonstances des tribunaux qu'ils soient être objectifs et qu'ils voient à appliquer le droit de façon non-discriminatoire envers ces investisseurs étrangers, c'est-à-dire de la même façon qu'ils l'appliqueraient s'ils avaient à juger un différend qui touche les intérêts d'un investisseur national. Il ne s'agit là que de l'application immédiate du principe de droit coutumier international interdisant les dénis de justice² envers les étrangers.

Ce recours, quoique non-discriminatoire et permettant aux investisseurs étrangers et nationaux d'avoir les mêmes recours judiciaires, est cependant loin de satisfaire les premiers. À tort ou à raison, les États exportateurs de capitaux, tout comme les investisseurs internationaux, ne font pas tellement confiance aux systèmes judiciaires étrangers, et en particulier aux systèmes judiciaires des pays en voie de développement. Ce débat a culminé lors des années 60 et 70, à l'époque où les grandes nationalisations faisaient partie des stratégies de développement à la mode dans ces pays. Comme l'explique Juillard dans un article traitant des investissements Nord-Sud: «Personne ne pourrait sérieusement soutenir que l'État qui procède à une mesure d'expropriation ou de nationalisation est libre de déterminer, en sa souveraine discrétion, ce que doit être l'indemnisation»³. Juillard parle dans cet article d'expropriation, mais on peut présumer qu'il adopte cette position pour n'importe quel genre de différend. Autrement dit, les tribunaux des pays d'accueil (principalement des pays du Sud) n'auraient pas, selon les investisseurs internationaux dont l'opinion est transportée ici par Juillard, l'indépendance nécessaire pour arbitrer de façon juste et équitable un différend opposant leur État et un investisseur étranger. C'est aussi, comme le rappelle Toope, pour s'assurer d'une plus grande «stabilité contractuelle» que les investisseurs internationaux recherchent ce qu'il appelle la «délocalisation», du droit, que ce soit du droit procédural ou du droit substantif⁴

² J.P. Lavie, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985, à la page 87.

³ P. Juillard, «Investissements» (1985) 31 *A.F.D.I.* 711 aux pages 715 et 716.

⁴ S.J. Toope, *Mixed international arbitration*, Cambridge, Grotius publications limited, 1990, notamment aux pages 17 à 44.

et ainsi, entre autre, d'avoir recours à des tribunaux internationaux appliquant le droit international.

Cette conception s'est opposée à la doctrine Calvo, adoptée par les États d'Amérique latine et qui, justement, ne prévoit que des recours de droit interne lors de conflits entre un État et un investisseurs étrangers. Élaborée par le juriste Carlos Calvo au milieu du XIXe siècle en réponse à l'intervention diplomatique européenne en Amérique latine, cette doctrine est principalement assise sur deux postulats : 1- rien dans le droit international n'oblige les États à offrir un traitement différent aux étrangers par rapport aux nationaux, comme par exemple un accès à des tribunaux internationaux ; 2- grâce à l'égalité souveraine des États, ceux-ci ne peuvent pas intervenir, par la force ou par la diplomatie, auprès d'un autre État suite, par exemple, à une décision judiciaire; la protection diplomatique, sauf dans les cas flagrant de déni de justice, n'est donc pas admise⁵. La doctrine Calvo a influencé les systèmes juridiques latino-américains sur quatre points selon Assante:

1. Le droit international exige seulement de l'État territorial qu'il accorde aux étrangers le même traitement qu'à ses nationaux.
2. C'est le droit national interne qui régit les droits et privilèges des étrangers.
3. Les tribunaux nationaux sont seuls compétents pour connaître des différends en cause des étrangers, lesquels ne peuvent, par conséquent, obtenir réparation en ayant recours à la protection diplomatique.
4. La compétence d'une juridiction internationale ne peut être admise pour le règlement des différends avec des étrangers⁶.

Ce refus de permettre aux investisseurs étrangers d'avoir un traitement préférentiel en matière de règlement des différends explique fort bien le fait que bien peu d'États d'Amérique latine aient adhéré, par exemple, au CIRDI avant les années 1990⁷.

Soulignons dans ce que dit Assante, et parce que ce point sera important pour la suite de ce travail, que la doctrine Calvo demandait l'utilisation du droit interne lors de dispute entre un État et un étranger, alors que les États du Nord, particulièrement en ce qui concerne le droit économique, privilégient depuis toujours l'utilisation du droit international.

D'autre part, il est intéressant de noter que ce débat autour du droit et des tribunaux à utiliser lors de différends a été au cœur des débats entourant l'adoption, dans la première moitié des années 70, du nouvel ordre économique international à l'Organisation des Nations Unies. Pour ne donner que l'exemple le plus important, la Charte des droits et

⁵ C.K. Dalrymple, «Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause» (1996) 29 *Cornell International Law Journal* 161, notamment aux pages 163 à 166.

⁶ S.K.B. Assante, «Droit international et investissements» dans M. Bedjaoui, dir., *Droit international: Bilan et perspective*, tome 2, Paris, A. Pédone, 1991, 711, aux pages 713 et 714.

⁷ *Infra* Annexe 1.

devoirs économiques des États de 1974 qui accordait, à son article 2, le droit des États de nationaliser ou d'exproprier des biens étrangers à condition qu'une compensation soit versée à l'investisseur, prévoyait qu'en cas de différend sur cette question de l'indemnisation, celui-ci serait réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend les mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État, à moins que tous les États intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des États et conformément au principe du libre choix des moyens⁸.

L'ampleur du débat à ce sujet peut être illustrée par le résultat du vote : 120 pays, principalement des pays en développement, ont voté en faveur de la résolution, alors que six s'y sont opposés, et dix se sont abstenus, ces 16 derniers pays étant principalement des pays traditionnellement exportateurs de capitaux.

La protection diplomatique

Bien avant l'explosion du nombre de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, le droit international coutumier reconnaissait le droit des investisseurs à recourir à la protection diplomatique lorsqu'ils avaient l'impression que leurs intérêts liés à des investissements à l'étranger étaient lésés, par exemple suite à l'expropriation de leurs biens, et lorsque les recours en droit interne s'avéraient insuffisants. La protection diplomatique peut être sommairement définie comme étant les actions que prend un État en vue de défendre ses nationaux contre les préjudices causés par un autre État et d'en tirer réparation.

Originellement utilisée pour défendre les personnes physiques, la protection diplomatique fut par la suite étendue à la défense des intérêts des personnes morales. Elle découle de la prémisse que les seuls sujets de droit international sont les États et qu'en conséquence, les personnes ne peuvent ester devant les tribunaux internationaux. Le terme anglais «*espousal of claims*», qui est souvent utilisé plutôt que «*diplomatic protection*» exprime bien la nature de l'acte posé ainsi par l'État. Il devient, suite à la demande de l'investisseur, le subrogé des droits de ce dernier, et décide ainsi des suites à donner au différend.

Nous allons considérer, comme Hefti⁹ qu'il y a trois conditions à remplir pour obtenir la protection diplomatique, conditions que nous allons successivement approfondir. Tout d'abord, pour pouvoir en profiter, une personne physique doit posséder la nationalité de l'État dont elle cherche à obtenir la protection, mais aussi avoir un lien authentique avec cet État¹⁰. Dans le cas d'une personne morale, ce lien doit également exister et est parfois

⁸ *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés. AG 3281, Doc off. AG NU, 29e session, supp. No 31, Doc NU A/9631 (1974) 50; aussi dans 14 I.L.M. 251.

⁹ T. Hefti, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Zürich, Société suisse de droit international, coll. Études suisses de droit international, 1989, aux pages 252 à 259.

¹⁰ Voir notamment *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, [1955], C.I.J. Rec., 1.

beaucoup plus difficile à cerner. Plusieurs sentences arbitrales, mais aussi certaines sentences soumises à la Cour permanente de justice internationale (CPIJ) et à la Cour internationale de justice (CIJ) ont traité de ce problème. Bien souvent, c'est le lieu où la société s'est constituée qui est retenu comme déterminant la nationalité d'une personne morale¹¹. Mais malheureusement, vu la disparité des jugements, il est impossible d'affirmer l'existence d'une règle claire à ce sujet¹². Les deux autres points apportés par Hefti sont l'obligation d'avoir épuisé l'ensemble des recours permis en vertu du droit interne de l'État d'accueil¹³ et la non-obligation de l'État de prendre fait et cause en faveur de son national.

C'est particulièrement cette dernière condition, qui nous apporte certaines pistes de réflexion, qui nous aidera à mieux comprendre l'évolution des modes de règlement des différends se rapportant aux investissements. Tout d'abord, sachons qu'à cause du principe de la souveraineté nationale, un État doit avoir donné son consentement avant de voir un différend réglé devant une cour arbitrale ou une cour de justice¹⁴. La protection diplomatique rencontre là une première limite aux yeux des investisseurs internationaux. En effet, puisqu'un État peut refuser, pour des raisons stratégiques, par exemple pour ne pas froisser un partenaire important, d'exercer cette protection, et puisque même lorsque exercée, celle-ci n'est pas certaine de porter fruit parce qu'encore là, à cause de la souveraineté des États, l'autre État doit lui aussi exprimer son consentement, les investisseurs ne sont jamais certains de pouvoir avoir recours à la justice internationale en vertu de la protection diplomatique. Par exemple, Hefti cite l'exemple des biens des colons français au Maroc dont le *Journal de Genève* du 10 août 1973 disait que: «[l]a France a trop d'intérêts au Maroc pour se permettre de risquer de tout perdre en voulant sauver les

¹¹ Voir par exemple la célèbre *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, (seconde demande), [1970], C.I.J. Rec., 3.

¹² Voir l'analyse de L. Catlisch à ce sujet dans: *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1969.

¹³ Voir sur ce point l'*Affaire Interhandel* (Suisse, États-Unis), [1959], C.I.J. rec., 6; C.N. Camponovo, «Dispute Settlement and the OECD Multilateral Agreement on Investment» (1996) 1 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 181 aux pages 189 et s.. Camponovo croit que la difficulté et le coût pour un étranger de soumettre un différend devant les tribunaux internes du pays d'accueil, ainsi que «la possibilité omniprésente» que les tribunaux internes soient biaisés contre l'investisseur étrangers (p.189) décourage souvent ceux-ci à poursuivre les États devant leurs tribunaux.

¹⁴ Il existe pour les États trois façons de manifester leur volonté de voir un différend se régler devant la Cour internationale de justice, pour prendre elle comme exemple; 1- par compromis, c'est-à-dire que les deux États impliqués dans le différend acceptent que celui-ci soit réglé devant la Cour; 2- par une clause juridictionnelle insérée dans un traité ratifié par les deux États les forçant à soumettre à la Cour les différends nés de ce traité; et 3- par l'effet réciproque, c'est-à-dire quand les deux États ont accepté, selon l'article 36 par. 2, que la juridiction de la Cour sera obligatoire pour eux pour tout conflit ayant pour objet: «a) L'interprétation d'un traité; b) Tout point de droit international; c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation du droit international; d) La nature ou l'étendu de la réparation due pour la rupture d'un engagement international» *Statuts de la Cour Internationale de Justice*, 26 juin 1945, C.N.U.C.I.O., vol. 15, p. 365, R.T.Can. 1945 no 15, (entrée en vigueur: 24 octobre 1945), art. 37.

biens agricoles de quelques 200 familles (...)»¹⁵ La décision d'exercer la protection diplomatique est donc basée sur des raisons politiques plutôt que sur l'évaluation des mérites du plaignant¹⁶. Et une fois la cause «épousée» par son État, l'investisseur n'a plus aucun mot à dire sur la poursuite du règlement du différend¹⁷.

Un État peut aussi craindre d'établir des précédents lorsqu'un de ses nationaux lui demande sa protection diplomatique envers un autre État pour une faute dont il croit qu'il pourrait lui-même éventuellement être accusé par un national de cet autre État. Par exemple, au vu des événements des derniers mois on peut se demander si les États-Unis auraient accordé leur protection diplomatique à Ethyl, Metalclad, SD Myers, Sunbelt et Pope & Talbot, et si le Canada l'aurait fait envers Loewen et Methanex¹⁸, courant le risque de voir les États violant supposément les droits de ces investisseurs accorder éventuellement leur protection à leurs propres nationaux investisseurs dans des cas similaires mais où eux-mêmes seraient les États «violateurs». Le fait de ne pas être les demandeurs «immédiats» lors de recours internationaux pèse donc extrêmement lourd sur les investisseurs internationaux contraints de n'avoir recours qu'à la protection diplomatique pour faire valoir leurs intérêts. La «dépolitisation» des différends¹⁹ est donc une raison pour eux de faire des pieds et des mains pour pouvoir avoir un accès plus sûr vers des tribunaux arbitraux internationaux.

¹⁵ T. Hefti, *Supra* note 9, aux pages 251 et 252.

¹⁶ C.N. Camponovo, *Supra* note 13, à la page 189.

¹⁷ *Ibid.* à la page 189.

¹⁸ *Infra* note 1.

¹⁹ Selon le terme utilisé dans l'ouvrage de S.J. Toope, *Supra*, note 4, 1990.

LES RÈGLEMENTS D'ARBITRAGE
(CCI, Convention de New York, CIRDI, CNUDCI, etc.);
PREMIERS PAS VERS LA POSSIBILITÉ POUR
LES INVESTISSEURS DE POURSUIVRE LES ÉTATS D'ACCUEIL.

Le débat sur la question de savoir quel était le droit à utiliser et quels seraient les tribunaux auxquels s'adresser lors d'un différend entre un État et un étranger et portant sur un investissement de ce dernier, a donné une impulsion au processus d'élaboration de règles d'arbitrage internationales. Puisque les investisseurs internationaux étaient (et sont encore) suspicieux sur l'objectivité et l'efficacité de la justice nationale des pays en développement, et puisque certains de ceux-ci refusaient, au nom de la souveraineté nationale et de la doctrine Calvo dans le cas des pays d'Amérique latine, de donner des privilèges aux investisseurs étrangers en leur permettant d'avoir accès à des tribunaux judiciaires autres que leurs propres tribunaux, certains ont cru qu'une solution équitable était le recours à des mécanismes d'arbitrage internationaux²⁰.

Ainsi, et afin de se protéger contre les limites très rapidement atteintes de la protection diplomatique, les investisseurs internationaux ont tôt fait d'insérer des clauses compromissoires à l'intérieur des contrats avec les États accueillant leurs investissements. Par ces clauses, les parties conviennent de soumettre à un tribunal arbitral tout, ou certains de leurs différends futurs. Mais les investisseurs trouvèrent très tôt des défauts à ces clauses compromissoires et, surtout, aux tribunaux arbitraux, et voulurent affirmer certains points de l'arbitrage international. Fouchard, à ce sujet, met quelques points en relief.

On voulait tout d'abord, écrit-il, renforcer l'efficacité de l'arbitrage, c'est-à-dire élargir son champ d'application, et valider la clause compromissoire en mettant celle-ci :

à l'abri de l'éventuelle nullité qui frapperait le contrat où elle est insérée. (...) Cela impliquerait aussi que l'arbitre soit compétent pour statuer sur sa propre compétence, et que le juge étatique, dans un même temps, refuse de connaître des litiges à propos desquels une convention d'arbitrage apparemment valable aurait été conclue, et de se prononcer, avant l'arbitre, sur la compétence de celui-ci.²¹

On réalise bien la volonté exprimée d'instaurer une sorte de Cour supranationale et d'internationaliser le différend. Mais Fouchard continue :

Il fallait ensuite qu'il [l'arbitre] acquière, face aux cadres étatiques, une autonomie aussi large que possible, de manière à échapper aux diverses contraintes qui résulteraient d'une intervention trop pesante des pouvoirs législatifs ou

²⁰ R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Économica, 1982, à la page 221.

²¹ P. Fouchard, «Où va l'arbitrage international?» (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 435 aux pp. 445-446.

judiciaires.²²

Non contents du contrôle relatif qu'ils exerçaient déjà sur leurs gouvernements nationaux grâce aux pressions et au lobbying puissant qu'ils exerçaient (et exercent encore d'ailleurs plus que jamais) sur eux, les grands investisseurs internationaux se cherchaient donc une issue pour éviter qu'une réglementation législative, ou qu'un jugement judiciaire venant d'un État étranger ne heurte trop violemment leurs intérêts. C'est ainsi que des pressions furent mises par les groupes d'investisseurs sur les gouvernements nationaux des firmes exportatrices de capitaux pour mettre sur pied des instruments internationaux qui, autant que possible, soustrairaient à l'influence législative et judiciaire des pays qui accueillent leurs capitaux, leurs propres intérêts financiers et commerciaux.

Le Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)

C'est donc avec ces objectifs en tête, mais aussi dans une tentative d'uniformiser les règles d'arbitrage touchant les différends issus de contrats commerciaux internationaux que la CCI a adopté dès 1921 son Règlement d'arbitrage²³. L'importance de ce règlement, principalement dans les contrats entre investisseurs et États, est confirmée par le grand nombre de différends qu'a dû étudier la Cour qui est appelée à superviser les arbitrages²⁴. Ce règlement n'est toutefois pas à l'abri des controverses, ce qui explique peut-être que parmi tous les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements recensés en Amérique, seul le traité entre les États-Unis et Haiti en fait mention et encore faut-il noter que celui-ci, n'ayant jamais été ratifié, n'est pas à ce jour entré en vigueur²⁵. Dans un livre d'une grande pertinence, Antoine Kassis²⁶ en brosse un portrait qui laisse songeur.

Dès l'introduction de son livre, Kassis met en exergue une aberration du règlement d'arbitrage de la CCI. Il met en effet en relief le poids exorbitant que confère à la Cour l'article 21 (qui est devenu l'article 27 depuis la réforme entrée en vigueur le premier janvier 1998)²⁷. Cet article signifie qu'aucun jugement

²² *Ibid* à la page 446.

²³ *Règlement d'arbitrage de la CCI*, Rés CCI, premier juillet 1921, 28 I.L.M. 231; aussi disponible sur le site web de la CCI: en ligne: <<http://www.iccwbo.org>> (date d'accès: 6 octobre 1999).

²⁴ Elle aurait fait l'examen d'environ 10 000 affaires depuis sa fondation, et le nombre annuel des cas étudiés grandit d'année en année. Un grand nombre de ces cas, faut-il rajouter, ont opposés deux parties privées; Voir le site web de la CCI, *Ibid*.

²⁵ *Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 13 décembre 1983, en ligne: Organization of American States <http://www.sice.oas.org/bits/usahai_e.stm>, (ce traité a été signé mais jamais ratifié, il n'est donc jamais entré en vigueur), art. VII(3)(a).

²⁶ A. Kassis, *Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale: Les déviations de l'arbitrage international*, Paris, LGDJ, 1988.

²⁷ Cet article se lit comme suit: «Avant de signer toute sentence, le tribunal doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du

arbitral ne peut être adopté en vertu de ce règlement sans son approbation²⁸. Kassis s'étonne de voir: qu'une telle disposition ait pu s'installer, se maintenir confortablement et s'appliquer dans des milliers d'arbitrages pendant des décennies sans susciter une critique véhémente et suivie. [...] Il n'est pas moins étonnant qu'il n'y ait eu qu'une décision judiciaire nationale pour affirmer l'invalidité de ce contrôle, entraînant l'invalidité de la sentence arbitrale²⁹.

La Chambre de commerce internationale (CCI)

Association non-gouvernementale, la CCI a vu le jour le 24 juin 1920 en vue de favoriser la libéralisation économique internationale. Ses quatre principales fonctions sont de :

- «- représenter la communauté industrielle et commerciale au niveau international, en particulier auprès des Nations Unies et des agences spécialisées ;
- promouvoir les investissements et les échanges internationaux sur la base d'une concurrence libre et loyale ;
- harmoniser la terminologie et les pratiques commerciales ; et,
- fournir certains services, organiser des séminaires et publier de nombreux ouvrages techniques ».

Source: B. COLAS (dir.), *Accords économiques internationaux: répertoire des accords et des institutions*, Paris, La documentation française-Wilson Lafleur, 1990, aux pages 263 à 266)

Site web : www.iccwbo.org

La peur de voir un grand nombre de ces jugements être remis en question à cause de cette partialité a-t-elle été à la base de l'activisme de la CCI lors du processus d'élaboration et de ratification de la *Convention de New York* ³⁰? C'est possible. Il semble en effet

litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour.» *Règlement d'arbitrage de la CCI*, *Supra*, note 23, article 27.

²⁸ Selon l'appendice 1 du règlement d'arbitrage, «Statuts de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI», la Cour se compose d'un président, élu par le Conseil de la CCI, de vice-présidents et de membres, tous nommés par le Conseil également; *Statuts de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, *Ibid.*, article 2 et 3.

²⁹ A. Kassis, *Supra* note 26, à la page 160.

³⁰ Sur la *Convention de New-York*, voir *Infra* aux pages 13 et 14. Remarquons que Kassis opine au

qu'une remise en question des sentences pour un tel motif soit maintenant rendue très difficile à cause de la dite convention. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Cette ingérence possible de la Cour tire aussi source de deux autres articles de Règlement. L'article 35 d'abord, qui stipule que «la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale»³¹ alors que l'article 12(2) permet à la Cour de remplacer un arbitre qui «ne remplit pas ses fonctions conformément au Règlement ou dans le délais impartis»³². Ce qui fait dire ceci à Kassis :

Or, si la Cour estime que la sentence comporte une erreur ou la violation d'une règle de droit qui concerne le fond et qui est d'une importance telle que la sentence, si elle était définitivement signée et notifiée, n'obtiendrait pas la reconnaissance et l'exécution dans les tribunaux nationaux du pays où elle est appelée à recevoir reconnaissance et exécution, l'arbitre n'aura pas rempli ses fonctions conformément au Règlement, puisqu'il aura violé l'article [35]. La Cour peut donc très bien procéder à son remplacement en vertu du pouvoir que lui donne l'article [12(2)]bien qu'il s'agisse d'une question de fond et non de forme. Cela peut arriver, par exemple, si la Cour trouve que le projet de sentence comporte une violation de l'ordre public du pays où seront requises la reconnaissance et l'exécution³³.

Nous ne pouvons donc nous empêcher de souligner le fait surprenant que la Cour d'une chambre de commerce, qui n'a de membres que des grands entrepreneurs privés, pour la majorité sinon la totalité des exportateurs de capitaux, possède un sérieux droit de regard sur le fond et un véritable droit de veto sur la forme de sentences arbitrales impliquant un État et... des investisseurs internationaux.

D'autre part, à propos du droit applicable lors des sentences, le règlement souligne que: «[l]es parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées»³⁴ et encore «[d]ans tous les cas, le tribunal tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents»³⁵.

contraire que parce qu'il est impossible de reconnaître la qualité de «juge privé rendant une décision judiciaire» (p.152) à un individu qui doit soumettre son jugement à une autre instance, «[l]a reconnaissance et l'exécution doivent être refusées aux pseudo-sentences rendues dans de telles conditions, pour la raison qu'elles ne sauraient être considérées comme de véritables sentences arbitrales juridictionnelles, celles-ci seules étant susceptibles d'être reconnues et rendues exécutoires par l'autorité étatique compétente» (p.153) et ce, malgré la *Convention de New-York* de 1958. (p.158), A. Kassis, *Ibid.*

³¹ *Règlement d'arbitrage de la CCI, Supra*, note 23, art 35.

³² *Ibid.*, art. 12(2).

³³ A. Kassis, *Supra*, note 26, aux pages 78-79.

³⁴ *Règlement d'arbitrage de la CCI, Supra*, note 23, art 17(1).

³⁵ *Ibid.*, article 17(2).

Cet article s'inscrit, comme nous l'avons vu plus haut³⁶, en ligne directe avec le débat autour de la doctrine Calvo. Si l'idée de laisser aux parties l'opportunité de choisir le droit applicable lors de différends entre eux peut sembler équitable et plein de bon sens, nous devons toutefois apporter un bémol à ce sujet. Dans le contexte économique actuel, où l'opportunité de définir leur stratégie de développement autrement que grâce à l'apport de capitaux privés n'est pas laissée aux pays en développement³⁷, il est inutile de dire que ceux-ci sont à la recherche active de capitaux privés étrangers puisque trop souvent, les capitaux privés nationaux sont inexistantes, manquants ou fuyants. Les pays en développement sont donc en concurrence les uns envers les autres pour attirer ceux-ci. Ce qui occasionne un rapport de force extrêmement favorable envers les investisseurs qui peuvent ainsi, encore plus facilement qu'auparavant, faire insérer à l'intérieur des contrats d'investissement des recours à des tribunaux d'arbitrage internationaux, mais aussi recourir à l'application du droit international en cas de litige.

Ensuite, sur l'utilisation des «usages du commerce pertinents», que Fouchard et al. définissent comme étant «les pratiques habituellement suivies dans une branche déterminée d'activité»³⁸ et que nous assimilerons aux principes généraux de droit, nous reprendrons la critique que les pays du Sud formulaient déjà au cours des années 60 et 70 à l'effet que ceux-ci ont été formés à l'époque où, à quelques exceptions près, seuls des pays du Nord étaient représentés dans la «communauté internationale» qui définissait ce droit. Une des critiques les plus pertinentes de ces principes généraux de droit vient du célèbre juriste soviétique Tunkin, qui s'exprimait ainsi à leur propos :

On ne peut ignorer que quels que soient le désir et les intentions des juristes qui la défendent, on s'est efforcé et l'on s'efforce encore d'utiliser cette théorie contre les États socialistes et les jeunes États d'Asie et d'Afrique. Ainsi, il est courant de voir compter au nombre des «principes généraux du droit» les principes juridiques fondamentaux des grandes puissances capitalistes, tels que par exemple la doctrine des «droits acquis», la juste indemnisation pour la nationalisation des biens étrangers, etc., et de les déclarer communs à tous les «États civilisés». Ici transparaît l'ambition de se servir de «principes généraux du droit» afin de rendre obligatoire pour tous les principes juridiques du système bourgeois³⁹.

³⁶ Voir ci-dessus, aux pages 3 et 4 pour l'analyse de la doctrine Calvo.

³⁷ Nous faisons ici référence aux Programmes d'ajustement structurel que doivent adopter les pays en développement pour pouvoir bénéficier des avantages, entre autre, du FMI, et qui les obligent non seulement à arrêter de nationaliser, mais aussi à privatiser les entreprises publiques. Voir dans le même veine: K.J. Vandeveld, «Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties» (1998) 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 501 à la page 502.

³⁸ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p.818.

³⁹ G.I. Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques*, Paris, éd. A. Pédone, 1965, à la page 125. Tunkin parle ici des principes du droit, mais on peut aussi assimiler sa réflexion aux principes généraux de droit.

Nous voulons enfin souligner le caractère confidentiel des travaux de la Cour qui aurait incité plusieurs États, selon Toope, à y avoir recours pour régler les différends avec les investisseurs étrangers⁴⁰. Notons toutefois le caractère pernicieux de cette confidentialité qui, rappelons-le, n'est pas la règle pour les décisions judiciaires de droit interne dans la majorité des pays et qui empêche les citoyens d'apprécier objectivement les événements économiques les touchant souvent directement.

L'élaboration de ce règlement d'arbitrage est un premier pas fait par la communauté économique internationale pour se soustraire de la mainmise de leur propre État national sur la possibilité de poursuivre d'autres États lorsque leurs intérêts sont, selon eux, lésés. Bien sûr, ce règlement possédait bien, à leurs yeux, certaines lacunes, et on verra à les combler dans les décennies suivantes, comme nous le verrons plus loin.

La convention de New York

L'étape suivante fut l'élaboration de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*⁴¹. Nous devons savoir qu'avant elle, il n'existait pas d'obligations internationales d'appliquer les sentences arbitrales en droit interne⁴², la convention de Genève⁴³ de 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales s'avérant insuffisante, notamment parce que ni les États-Unis ni l'URSS ne l'avaient ratifiée⁴⁴. Or, suite aux pressions de la communauté économique internationale, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) soumit un projet de convention sur ce sujet, convention qui fut étudiée par l'ÉCOSESSE, qui lui-même proposa en 1958 la dite *Convention de New York*. Comme son nom l'indique, cette convention a comme objectif d'«assurer une protection internationale des clauses compromissoires et de permettre l'exécution des sentences hors des pays où elles [ont] été prononcées»⁴⁵. Il ne s'agit donc pas d'une obligation des États d'accepter le recours à un tribunal arbitral suite à n'importe quel différend avec un investisseur étranger. Il ne s'agit que d'une obligation de respecter et de faire appliquer les sentences rendues par un tribunal arbitral étranger suite à un différend couvert par une clause compromissoire insérée à l'intérieur d'un contrat d'investissement entre l'État et un investisseur étranger. En d'autres mots, la convention oblige les États qui se seraient entendus dans un contrat d'investissement avec l'investisseur à régler les différends, ou certaines sortes de différends relatifs à ce contrat par une procédure

⁴⁰ S.J. Toope, *Supra* note 4, p.215.

⁴¹ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 novembre 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur: 7 juin 1959) [ci-après: la *Convention de New-York*].

⁴² S.J. Toope, *Supra* note 4, à la page 109.

⁴³ *Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 26 septembre 1927, RTSN vol XCII, 301.

⁴⁴ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *supra* note 38, aux pages 140-142.

⁴⁵ A. Prujiner, *Traité et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1992, à la page 395.

d'arbitrage internationale, à respecter la sentence, à quelques exceptions près⁴⁶, et quels que soient les impacts socio-économiques de cette sentence sur le pays concerné.

De façon plus concrète, il s'agissait là encore une fois, nous pouvons facilement le percevoir, d'un pas important vers la remise entre les mains d'arbitres internationaux d'un ensemble de décisions qui, qu'on le veuille ou non, ont souvent un impact direct sur le développement des pays «poursuivis», en particulier lorsque ceux-ci sont des pays en développement. Les pays d'Amérique latine cependant, fidèles à la doctrine Calao, ont pour la plupart refusé de ratifier cette convention jusqu'à récemment (voir la liste des ratifications en annexe), refusant du même coup d'internationaliser leurs différends avec les investisseurs étrangers.

Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI).

C'est par la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* du 18 mars 1965⁴⁷ que fut créé le CIRDI, à l'initiative de la Banque Internationale de Reconstruction et de Développement (ci-après, la BIRD). Celle-ci, voulant promouvoir les stratégies de développement basées sur l'apport de capitaux privés et voyant que celles-ci avaient bien souvent comme obstacle l'insécurité relative des investisseurs internationaux, notamment en regard des modes de règlement des différends, la BIRD disions-nous, voulut créer un centre dont l'objet serait justement «d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants»⁴⁸.

Il s'agissait pour la BIRD de favoriser la «confiance mutuelle»⁴⁹. Tope toutefois apporte à cet égard l'opinion que le seul accroissement de la confiance des États concernant le caractère confidentiel des sentences⁵⁰. Autrement, cette confiance ne profite qu'aux investisseurs car il s'agit, encore une fois, d'un retrait des différends des mains des législations nationales des pays d'accueil⁵¹.

⁴⁶ Pour les exceptions, voir l'article V de la Convention, *supra* note 41.

⁴⁷ CIRDI, *Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, [1965], 575 RTNU 169, 4 I.L.M. 524, (en vigueur le 14 octobre 1966) [ci-après: *Convention de Washington*].

⁴⁸ *Ibid.*, art. 1 (2).

⁴⁹ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT: «Report of the Executif Directors on the Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Others States», 4 ILM 524 à la page 525.

⁵⁰ Voir *Supra* note 40 sur la volonté des États de garder cet aspect confidentiel.

⁵¹ S.J. Toope, *Supra* note 4, à la page 221.

Le Centre international de règlements des différends relatifs aux investissements

Créé sous les auspices de la BIRD par la Convention de Washington le 18 mars 1965 afin d'aider à résoudre les différends relatifs aux investissements internationaux, le CIRDI n'a pas pour objectif de régler ceux-ci par lui-même. Il sert plutôt à faciliter la communication entre les parties, par exemple en tenant des listes d'arbitres et de conciliateurs pouvant intervenir lors des différends.

Source: B. COLAS (dir.), *Accords économiques internationaux: répertoire des accords et des institutions*, Paris, La documentation française-Wilson Lafleur, 1990, aux pages 314 et suivantes.

Site web : www.worldbank.org/iscid

Le Centre offre deux moyens de résolution des différends : la conciliation et l'arbitrage. Le mécanisme de conciliation, curieusement assez absent dans la doctrine, nécessite le consentement et la participation des parties⁵² et cherche à atteindre «une solution mutuellement respectable» pour celles-ci⁵³. Pendant la période de conciliation, les parties ne peuvent se prévaloir d'aucune autre procédure pour régler le différend⁵⁴ et les recommandations faites par la Commission ne sont évidemment pas obligatoires pour les parties.

C'est toutefois la procédure d'arbitrage qui attire principalement l'attention. Même si le centre n'a pas compétence pour juger, en vertu de la convention, un différend en particulier, il peut le devenir si les parties intéressées (un État et un investisseur) s'entendent pour lui soumettre un différend relatif à un investissement⁵⁵. Sur l'adhésion des États du Sud à la *Convention de Washington*, René David fait toutefois remarquer que la BIRD, à laquelle le CIRDI est rattaché, joue un rôle très important dans le financement de projets de financement dans les pays en développement et jouit donc là-bas d'une certaine «autorité morale» dont elle peut se servir pour «encourager» ceux-ci à adhérer au Centre

⁵² *Convention de Washington*, *Supra* note 47, art. 28 (2) et 34 (2).

⁵³ *Ibid.*, art. 34 (1).

⁵⁴ *Ibid.*, art. 35.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 25 (1) et 36 (2) sur le caractère «volontariste» du Centre. Les États doivent avoir donné leur consentement par écrit pour que le Centre puisse juger un différend. Ce consentement peut être inséré dans un contrat d'investissement entre l'État et un investisseur, dans un traité bilatéral ou multilatéral d'investissements, de façon ad hoc suite à un différend ou par sa mention à l'intérieur des Codes d'investissements nationaux. Voir notamment R. David, *Supra* note 20, aux pages 222-224.

et à l'utiliser pour régler leurs différends⁵⁶. Cette autorité cependant, a eu moins d'effet sur les pays d'Amérique latine que sur ceux des autres pays en développement du monde, là encore, à cause de la doctrine Calvo⁵⁷.

Nous allons d'abord nous attarder sur l'«évolution» qu'a favorisée le CIRDI par rapport à l'internationalisation du droit de l'investissement. Citons d'abord son article 42 (1) qui mentionne que:

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits des lois- ainsi que les principes de droit international en la matière⁵⁸.

Nous ne reviendrons pas sur le rapport de force existant entre «exportateurs » et « importateurs » de capitaux et qui permet souvent aux premiers d'«imposer» le droit international comme droit en vigueur dans les contrats d'investissement, mais nous remarquons que celui-ci est explicitement mentionné dans la *Convention de Washington*, contrairement au *Règlement d'arbitrage de la CCI*, où on ne fait mention que des «usages du commerce pertinent»⁵⁹. Nous allons ici rapporter l'opinion d'Aron Broches, rapportée par Toope, pour qui le droit international devient ainsi hiérarchiquement supérieur au droit national parce qu'une décision arbitrale prise selon le second devra être confrontée au premier afin d'en confirmer la validité⁶⁰.

A la suite de nos commentaires sur le *Règlement d'arbitrage de la CCI*⁶¹, nous voulons souligner que la principale faiblesse de ce règlement, à savoir le quasi droit de veto de la Cour internationale d'arbitrage sur les décisions d'arbitrage adoptées en vertu du dit règlement, n'a pas d'équivalent dans la *Convention de Washington*. En effet, le CIRDI étant né d'un traité international et non par la résolution d'une chambre de commerce, il assure déjà, aux yeux des États, une plus grande assurance d'objectivité, ce qui le rend moins rebutant pour eux quand vient le temps de négocier des modes de règlement des différends à l'intérieur de traités bilatéraux d'investissement⁶².

Terminons notre commentaire sur le CIRDI en rappelant que depuis le 27 septembre 1978, le Secrétariat du CIRDI est autorisé à administrer, par le règlement du mécanisme supplémentaire, les différends qui ne sont pas couverts par le champ d'application du Centre⁶³. Il peut désormais s'occuper de différends qui : a) concernent deux parties dont

⁵⁶ R. David, *Supra* note 20, à la page 224.

⁵⁷ Voir annexe 1 pour voir la liste des ratifications et les dates de celles-ci.

⁵⁸ *Convention de Washington*, *Supra* note 47, art. 42 (1).

⁵⁹ *Règlement d'arbitrage de la CCI*, *Supra* note 23, art. 17 (2).

⁶⁰ S.J. Toope, *Supra* note 4, à la page 240.

⁶¹ *Supra* note 23 et texte correspondant.

⁶² Voir ci-bas aux pages 23 et suivantes sur ces traités bilatéraux d'investissement.

⁶³ Voir ICSID, *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Center for Settlement of Investment Dispute (Additional Facility Rules)*, 21 I.L.M. 1443, ou en ligne: Le Groupe de la Banque Mondiale:

l'État, ou l'État de la partie privée, n'est pas membre du CIRDI ; b) concernant un différend concernant deux parties dont l'une d'elles est membre du CIRDI ou dont l'État est membre du CIRDI, et ne concernant pas directement un investissement. Il peut également mettre sur pied une procédure d'enquête, («fact finding proceeding») ⁶⁴. Ces facilités sont relativement importantes car elles font parties des choix de règlements d'arbitrage qui s'offrent aux investisseurs voulant poursuivre un État étranger dans plusieurs traités bilatéraux d'investissement et dans l'ALÉNA.

Le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI).

C'est convaincu que l'établissement d'un règlement d'arbitrage *ad hoc* qui soit acceptable dans des pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, contribuerait sensiblement au développement de relations économiques internationales harmonieuses ⁶⁵ que l'Assemblée générale de l'ONU a, à son tour, adopté par consensus, le 15 décembre 1976, un règlement d'arbitrage. Nous retrouvons encore ici la volonté d'uniformiser le droit et les conditions d'arbitrage nés de différends reliés à des investissements.

La Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international

Créée en 1966 par l'Assemblée générale de Nations Unies afin de faciliter le commerce international. Elle tente depuis d'harmoniser et d'uniformiser les législations nationales en matière de droit commercial.

Sources: B. COLAS (dir.), *Accords économiques internationaux: répertoire des accords et des institutions*, Paris, La documentation française-Wilson Lafleur, 1990, aux pages 264-265.

Site web : www.uncitral.org

<<http://www.worldbank.org/icsid/facility/1.htm>> (date d'accès: 6 octobre 1999).

⁶⁴ Ce «fact-finding proceeding» vise à apporter aux parties une opinion objective qui, si elle est acceptée par les deux parties, peut empêcher des différends en justice. Le rapport n'a aucun effet juridique et les parties sont libres d'en suivre les recommandations ou non, *Ibid.*

⁶⁵ *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés AG 31/98 (1976), Doc.off. AG NU, trente et unième session, supp. No 13, Doc NU A/31/17; 15 I.L.M. 701, dans le préambule, [ci-après: *Convention de New York*].

Ce qu'il faut retenir de ce Règlement, c'est qu'il ne s'agit pas d'un traité, comme la *Convention de New York*, où l'État est lié à des engagements dès le moment où il ratifie le document. Le règlement de la CNUDCI, un peu comme les règles du CIRDI ou de la CCI, est facultatif et ne peut être utilisé que si les parties à un contrat sont convenues de s'y référer pour régler leurs différends⁶⁶, ou encore si on en fait mention dans un traité portant sur les investissements signé entre le pays d'accueil et le pays d'origine de l'investisseur⁶⁷. Mais pour le différencier des règles du CIRDI et de la CCI par exemple, soulignons que ses règles ne le rattachent à aucune institution, ce qui permet d'en faire une utilisation plus «indépendante», c'est-à-dire que ses règles peuvent facilement être modifiées selon la volonté des parties contractantes.

Outre les particularités propres à chacun d'eux, on peut dire que dans l'ensemble, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI n'est pas essentiellement différent des règles du CIRDI et de la CCI concernant l'arbitrage. En effet, en plus du caractère volontariste dont on vient de parler, les trois institutions ont un mécanisme de notification d'arbitrage et des règles de constitution du tribunal arbitral relativement semblables en leur essence. En outre, chacune offre aux tribunaux arbitraux l'opportunité de juger de leur propre compétence et les trois consacrent, à moins du consentement des deux autres parties de publier la sentence, le caractère confidentiel de celle-ci.

Parmi les légères différences entre elles, soulignons la possibilité, au CIRDI, de faire réviser une sentence lorsqu'on découvre des faits qui étaient inconnus lors de l'arbitrage⁶⁸, disposition inexistante dans les deux autres règlements. Mais mis à part cette exception, les trois mécanismes empêchent, explicitement ou implicitement, les parties d'en appeler des sentences. Au niveau du droit applicable, même si les formulations sont différentes, on a dans les trois procédures, la même toile de fond. C'est, en premier lieu, les règles de droit signifiées dans le contrat qui s'appliquent. Si celles-ci sont inexistantes ou incomplètes, ce seront «les règles de droit qu'il [l'arbitre] juge appropriées»⁶⁹, «le droit de l'État contractant partie au différend -y compris les règles relatives aux conflits des lois- ainsi que les principes de droit international en la matière»⁷⁰, ou «la loi désignée par la règle

⁶⁶ L'article 1(1) se lit d'ailleurs comme suit: «Si les parties à un contrat sont convenus par écrit que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrit.» On propose même un libellé type de clause compromissoire obligeant les parties à référer au règlement du CNUDCI leurs différends qui se lit ainsi: «Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une convention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.» *Ibid.*

⁶⁷ Cette façon semble devenir la norme avec l'explosion des traités traitant de l'investissement qui en font presque tous mention; voir ci-dessous, partie 3.

⁶⁸ *Convention de Washington, Ibid.*, art 51.

⁶⁹ *Règlement d'arbitrage de la CCI, Supra* note 23, art. 17(1).

⁷⁰ *Convention de Washington, Supra* note 47, art. 42(1).

de conflits des lois qu'il juge applicable en l'espèce»⁷¹. Il s'agit, de part et d'autre, de donner de façon explicite ou pas, la possibilité d'appliquer les règles de droit international.

L'Agence multilatérale de garantie des investissements.

Bien que le règlement des différends ne fasse pas partie de sa mission fondamentale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements (mieux connue sous son acronyme anglais MIGA, acronyme qui sera d'ailleurs utilisé ci-après) risque bien de devenir l'instrument permettant à des investisseurs internationaux de recevoir compensation auprès d'États accueillant leurs investissements.

En effet, le rôle de la MIGA est de protéger les investissements privés des pays membres dans des pays en développement qui en sont également membres contre les risques non-commerciaux. Dans le cas où un investisseur verrait un de ses droits violés, par exemple suite à l'expropriation d'une partie ou de la totalité de son investissement, la MIGA est chargée de lui rembourser les dommages causés, mais se voit subrogée de ses droits envers l'État délinquant⁷². Autrement dit, après avoir remboursé l'investisseur, elle remplace celui-ci dans ses réclamations auprès de l'État. Pour ce faire, elle a la possibilité, après avoir tenté de régler le différend grâce à la négociation, d'aller en arbitrage. Lors d'un tel arbitrage, on utilisera les règles du Règlement d'arbitrage du CIRDI⁷³, ou tout autre mode alternatif auparavant décidé entre l'Agence et l'État d'accueil⁷⁴.

L'Agence multilatérale de garantie des investissements

Mieux connu sous son acronyme anglais MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency), l'Agence multilatérale de garantie des investissements est, depuis sa fondation en 1985, l'une des quatre institutions principales du groupe de la Banque mondiale. Créée par la Convention de Séoul, elle a comme objet principal de favoriser le flux d'investissements directs vers les pays en développement. Pour ce faire, elle garantit contre les risques non-commerciaux les investissements privés d'investisseurs d'un pays membre dans un pays en développement également membre. Ces risques sont de quatre natures: 1- les restrictions aux transferts, 2- les expropriations, 3- les ruptures de contrats et 4- les pertes dues à la guerre ou aux troubles civils.

site web : www.miga.org

La MIGA sert donc les intérêts du capital international en éliminant tout risque non-commercial lors d'un investissement dans un pays en développement. Institution du groupe

⁷¹ *Convention de New York*, *Supra* note 65, art. 33(1).

⁷² *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements*, 11 octobre 1985, 24 I.L.M. 1598 (entrée en vigueur: 12 avril 1988), art. 18 (a).

⁷³ *Ibid.*, Annexe II, art. 3 et 4.

⁷⁴ *Ibid.*, Annexe II, art. 2, 3 (a) (b) et 4 (e).

de la Banque mondiale qui jouit d'une certaine autorité morale auprès de ces pays grâce aux nombreux projets de développement qu'elle finance, la MIGA a donc comme fonction de «discipliner» les États en développement qui auraient la mauvaise idée de revenir sur des engagements avec des investisseurs étrangers après avoir réalisé, par exemple, que ces engagements ne cadrent plus, nuisent même, aux objectifs nationaux de développement économique. Elle permet, par son rôle même, aux investisseurs de se débarrasser des désagréments reliés à un arbitrage contre l'État accueillant ses investissements.

* *

*

Propos d'étape

Nous avons vu dans la première partie que les investisseurs internationaux étaient insatisfaits des recours qui leurs étaient possibles, à savoir les tribunaux internes des pays accueillant leurs investissements et la protection diplomatique de leur propre État. Ils ont cherché à «dépolitiser» et à «internationaliser» ces recours. Les règlements d'arbitrage de la CCI et de la CNUDCI, la *Convention de New-York*, le CIRDI et la MIGA ont représenté pour eux des avancées importantes sur plusieurs points.

Sur la «dépolitisation» des recours d'abord, rappelons que ces mécanismes permettent aux investisseurs de prendre eux-mêmes des recours contre les États étrangers lorsque des mentions à ces processus d'arbitrage sont incluses dans les contrats d'investissement entre eux et les États d'accueil, ou dans les traités d'investissement entre leur État et l'État d'accueil. Cette situation, à cause du rapport de force favorable aux investisseurs internationaux créé par la demande de capitaux supérieure à l'offre, est de plus en plus commune, surtout depuis l'abandon progressive de la doctrine Calvo au cours des dix dernières années par les pays d'Amérique latine. Grâce à ce recours possible, les investisseurs étrangers ont maintenant un avantage face aux investisseurs nationaux qui n'ont, comme recours possible, que les tribunaux internes, recours également accessible aux investisseurs étrangers. Il s'agit donc de la «légalisation» d'un avantage accordé au capital international sur le capital national, avec toutes les implications que ça dégage, en particulier dans les pays en développement qui ont déjà tant de difficultés à retenir les profits dégagés par leur économie. Nous verrons plus loin que ces recours, au CIRDI et dans le Règlement de la CNUDCI principalement, tendent à se propager à l'intérieur des Amériques, non seulement grâce aux contrats d'investissements, mais aussi surtout grâce aux traités bilatéraux d'investissement, aux accords de libre-échange et, bientôt (?), grâce aux modes de règlement des différends concernant les investissements qui seront consacrés à l'OMC et à la ZLEA.

Nous pouvons faire le même commentaire sur la propagation du caractère international des règlements des différends. Non seulement l'essence même des modes de règlement des différends est-elle internationale en elle-même, mais le droit applicable utilisé par

chacun d'eux consacre de plus en plus la suprématie du droit international sur le droit national, ou, à tout le moins, la concordance du second au premier.

Ces deux points donc nous permettent de parler dès lors d'une victoire relative du capital international -relative car les recours aux tribunaux arbitraux et au droit international ne seront officialisés que lorsque ceux-ci seront intégrés dans un accord mondial (à l'OMC) ou régional dans les Amériques (dans la ZLÉA)-et d'une nouvelle perte de contrôle de la part des citoyens sur les événements économiques affectant grandement leur environnement à cause de la perte d'influence sur ces événements par les pouvoirs législatifs et judiciaires de leurs États (si, par ailleurs, les citoyens possèdent un contrôle quelconque sur ces pouvoirs, hypothèse très optimiste).

D'autre part, considérant les avantages que de tels règlements procurent aux investisseurs internationaux, nous ne pouvons nous surprendre qu'en plus de les adopter dans de nombreux contrats privés d'investissement, les milieux d'affaires aient poussé leurs États les insérer de façon systématique dans les traités bilatéraux d'investissement, puis dans les accords de libre-échange. De là à les incorporer dans des traités multilatéraux d'investissement, il n'y a qu'un pas, qu'on a failli franchir avec l'AMI et que les investisseurs des Amériques aimeraient bien franchir grâce à la ZLÉA et aux accords découlant des négociations du cycle du millénaire à l'OMC.

LES NOUVEAUX MODES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (TRAITÉS BILATÉRAUX, OMC, ALÉNA).

C'est par l'apparition de mentions faites à ce sujet dans des traités, d'abord bilatéraux, puis multilatéraux que les investisseurs internationaux et les États qui représentent leurs intérêts voient depuis quelques décennies leur accès à des modes de résolution des différends qu'ils jugent adéquats s'accroître progressivement. Non satisfaits de devoir s'en remettre systématiquement à des clauses compromissoires à l'intérieur de leurs contrats d'exploitation avec des États étrangers pour s'assurer de pouvoir avoir accès, conformément à leurs vœux, à des tribunaux arbitraux internationaux, ces investisseurs ont donc fait pression sur leurs États pour que se multiplient ces traités avec les principaux pays accueillant leurs investissements.

L'augmentation d'investissements internationaux de la part des petites et moyennes entreprises a sûrement été très importante dans le processus d'adoption de ces clauses. En effet, s'il semble relativement aisé pour les grandes firmes multinationales de faire insérer une clause compromissoire à l'intérieur d'un contrat d'investissement, cette tâche apparaît beaucoup plus ardue pour des entrepreneurs ayant l'intention de faire des investissements moins gigantesques par leur ampleur et profitant par le fait même d'un rapport de force moins profitable. Plus encore que les grandes firmes, c'est donc probablement à ces investisseurs que les nouveaux mécanismes de règlement des différends risquent d'être profitables.

Parallèlement, les États traditionnellement exportateurs de capitaux voulaient imbriquer dans ces traités le consentement inconditionnel des parties à accepter de voir les différends entre États se régler également devant un tribunal arbitral.

Ainsi, bien que chacun des traités demande que les parties impliquées dans une mésentente tentent d'abord de régler celle-ci par la négociation, l'étude de la façon dont un traité bilatéral d'investissement ou, *a fortiori*, un accord de libre-échange, s'y prend pour régler les différends naissant de son interprétation ou de son application est essentielle pour découvrir la volonté politique de ses parties d'atteindre les objectifs de l'entente⁷⁵.

Les différends entre États.

⁷⁵ Voir à ce sujet C.O. Taylors, «Dispute Resolution as a Catalyst for Economic Integration and a Agent for Deepening Integration: NAFTA and MERCOSUR?» (1997) 17 *J. Intl. Bus.* 850 qui rappelle que: «[u]n système de règlement des différends bien élaboré sera inévitablement fidèle et reflétera les buts économiques recherchés (la profondeur souhaitée de l'intégration économique désirée par les participants), les contraintes politiques (les limites imposées par les gouvernements ou la politique interne des parties participantes), aussi bien que la perception du rôle qu'ont les États participants aux institutions internationales de l'entente, particulièrement son mode de règlement des différends», à la page 851 [notre traduction].

Autant les traités bilatéraux d'investissement que l'ALÉNA, l'AMI et l'Organisation mondiale du commerce contiennent des procédures de règlements des différends reliés aux investissements entre les parties. Ces procédures soulèvent moins de controverses, et, pour nous, moins d'intérêt que celles concernant les différends entre un investisseur et un État⁷⁶ mais il est toutefois essentiel d'en glisser un mot.

Soulignons d'abord à ce sujet que la plupart des traités conclus par les États-Unis stipulent que les différends naissant entre les parties pourront être soumis à un tribunal arbitral s'il s'avère impossible de les régler à l'amiable. Dans ce cas, ce sont les règles d'arbitrage de la CNUDCI qui seront utilisées, et ce sont les règles pertinentes du droit international qui s'appliqueront⁷⁷. Les traités signés par le Canada contiennent aussi un tel recours devant un tribunal arbitral, mais ne fait pas mention de l'utilisation des règles de la CNUDCI. On stipule plutôt que c'est le tribunal arbitral lui-même qui décidera de ses procédures.

L'ALÉNA a des règles bien détaillées au sujet du règlement des différends États-parties⁷⁸. Le processus se divise principalement en trois étapes. On demande tout d'abord aux parties de tenir des consultations entre elles afin, si possible, de régler le désaccord à l'amiable⁷⁹. En cas d'échec, celles-ci peuvent demander la convocation de la Commission du libre-échange⁸⁰ qui pourra, pour aider les Parties à arriver à une entente, faire appel à des conseillers techniques, convoquer des groupes d'experts ou des groupes de travail, avoir recours aux bons offices, à la médiation, à la conciliation et aux autres procédures de règlements des différends, ou encore faire des recommandations⁸¹. Si cette étape échoue à nouveau, une Partie pourra demander que soit constitué un groupe spécial d'arbitres⁸² qui devra présenter un rapport qui servira, idéalement, de base à un règlement entre les Parties en cause⁸³. Si, malgré tout, celles-ci s'avèrent encore incapables d'en arriver à une entente, et que le groupe spécial avait, dans son rapport final, déterminé qu'il y avait effectivement violation d'une obligation par la Partie visée par la plainte, la Partie

⁷⁶ Voir *Infra*, aux pages 27 et suivantes.

⁷⁷ Voir par exemple *Agreement between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 14 novembre 1991, en ligne: Organization of American States: <<http://www.sice.oas.org/bits/usaarg.stm>> (date d'accès: 22 septembre 1999) (entrée en vigueur: 20 octobre 1994), art. VIII.

⁷⁸ C'est également ce processus qui est utilisé si un État obligé de verser une compensation à un investisseur étranger suite à une poursuite en vertu du chapitre 11 ne se conforme pas à cette obligation. C'est, dans ce cas, l'État national de l'investisseur qui prend le relais et qui peut porter plainte en vertu du chapitre 20 cette fois; *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.Can 1994 no2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994) [ci-après *ALÉNA*].

⁷⁹ *Idem.*, art. 2006.

⁸⁰ Cette Commission est constituée de ministres des Parties, ou de leurs représentants et a comme fonction de superviser l'application de l'accord; *Idem.*, art. 2001.

⁸¹ *Idem.*, art. 2007(5).

⁸² *Idem.*, art. 2008.

⁸³ *Idem.*, art. 2018.

plaignante pourra alors suspendre l'application d'avantages dont l'effet est équivalent aux effets dont elle-même est victime à cause de la violation de l'accord par l'autre Partie⁸⁴.

De plus, un pays des Amériques membre de l'OMC et qui croit qu'un autre État, aussi membre de cette organisation, viole les règles établies à l'intérieur de l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liés au commerce*⁸⁵ ou de l'*Accord général sur le commerce des services*⁸⁶ ce pays donc, peut aussi utiliser le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Il peut alors demander à l'autre partie d'entreprendre des consultations de bonne foi⁸⁷. Si ces consultations ne réussissent pas à régler le différend, il pourra alors demander que soit créé un panel pour la résolution du différend⁸⁸ qui sera chargé de déposer un rapport comprenant ses directives pour le règlement du différend⁸⁹. Si la partie délinquante ne se conforme pas aux directives du panel, elle pourra choisir de payer des compensations à la partie plaignante, à défaut de quoi, celle-ci pourra demander au panel le droit de suspendre l'application d'avantages reliés à l'accord et accordés à l'autre partie.

Fait à souligner, l'ALÉNA souligne que les différends découlant d'une violation alléguée à la fois d'engagements aux règles de l'OMC et de l'ALÉNA pourront être réglés par l'un ou l'autre des instruments, au gré de la partie plaignante⁹⁰, mais qu'à partir du moment où la procédure est commencée en vertu de l'un de ses instruments, elle s'engage à ne pas utiliser le mode de règlement de l'autre forum pour la même question⁹¹.

Même s'il ne s'agissait nullement de sa partie charnière, celle-ci étant sûrement son processus de règlement des différends entre un investisseur et un État, l'AMI qui, rappelons-le une fois de plus, n'a finalement jamais été conclu, prévoyait un mécanisme de traitement des différends entre États relativement semblable à celui de l'ALÉNA. On demandait d'abord à la partie plaignante d'engager des consultations avec la partie visée par la plainte⁹². En cas d'échec, on demandait au Groupe des parties⁹³ d'examiner le différend

⁸⁴ *Idem.*, art. 2019.

⁸⁵ Organisation Mondiale du Commerce, *Acte final*, annexe 1, «Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce». Voir à son sujet notamment P. Civello, «The TRIMs Agreement: A Fail Attempt at Investment Liberalization» (1999) 8 *Minn. J. Global Trade* 97.

⁸⁶ Organisation Mondiale du Commerce, *Acte final*, annexe 1 b), «Accord général sur le commerce des services»,

⁸⁷ Organisation Mondiale du Commerce, *Acte final*, annexe 2, «Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends», art. 1 et 4.

⁸⁸ *Ibid.*, art. 4(7).

⁸⁹ *Ibid.*, art. 12 (8) (9).

⁹⁰ ALÉNA, *Supra* note 78, art. 2005(1).

⁹¹ *Ibid.*, art. 2005(6).

⁹² Projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement*, en ligne: Dossiers du Monde Diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/ami/plan.htm>> (date d'accès: 14 mai 1999), chapitre V, partie B, article 1(a).

⁹³ Ce groupe, comme son nom l'indique, était constitué de l'ensemble des parties contractantes. Il était l'organe chargé de surveiller ultimement l'application de l'accord, un peu comme la

et de formuler des recommandations⁹⁴. En cas de non-respect de celles-ci, l'accord prévoyait le recours aux bons offices, à la médiation ou à la conciliation⁹⁵ et, en dernier lieu, l'accès à un tribunal arbitral⁹⁶. Celui-ci devait trancher le différend conformément à l'accord, lui-même «interprété et appliqué selon les règles applicables du droit international»⁹⁷. Il avait la possibilité de ne formuler qu'une déclaration, d'émettre une recommandation, ou encore d'imposer une indemnisation pécuniaire ou toutes autres mesures correctrices à l'égard de l'État fautif⁹⁸.

Les différends entre un investisseur et un État.

Le mode de règlement des différends entre un investisseur et l'État accueillant ses investissements représente sûrement la pierre angulaire de l'évolution du droit international de l'investissement, notamment au cours des cinquante dernières années. Il a également été au coeur des débats sur ce sujet, particulièrement depuis trois ans, avec le tollé qu'a soulevé le dévoilement des mesures qui auraient été comprises à cet égard dans l'AMI, ainsi qu'avec les poursuites entreprises par des compagnies contre le Canada, les États-Unis et le Mexique en vertu de l'article 1110 de l'ALÉNA⁹⁹.

Il serait faux toutefois de croire que ces nouvelles possibilités que possède le capital international de poursuivre les États grâce à des accords comme l'ALÉNA (possibilité qui leur aurait été accordée aussi dans l'AMI) représente une rupture totale avec le droit antérieur à cet accord. Les traités bilatéraux d'investissement que concluent les États-Unis depuis 1982 et le Canada depuis 1991 avec d'autres pays des Amériques, prévoient tous de tels recours pour les investisseurs¹⁰⁰. La nouveauté de l'ALÉNA, c'est l'importance des flux existant entre les partenaires parties à l'accord. La nouveauté de l'AMI aurait été, de la même façon, de rendre ces poursuites possibles pour l'ensemble des investissements

Commission du libre-échange à l'intérieur de l'ALÉNA; *Ibid.*, chapitre XI, partie intitulée «Groupe des parties» (non numérotée dans le projet), art. 1.

⁹⁴ *Ibid.*, chapitre V, partie B, art. 2.

⁹⁵ *Ibid.*, chapitre V, partie B, art. 3.

⁹⁶ *Ibid.*, chapitre V, partie C, art. 1.

⁹⁷ *Ibid.*, chapitre V, partie C, art. 6.

⁹⁸ ALÉNA, *supra* note 77, art. 1110.

⁹⁹ Voir *Supra*, note 1.

¹⁰⁰ Voir C.N. Camponovo, *Supra* note 13 à la page 196 qui partage cet avis: «En ce qui a trait aux différends entre investisseurs et État, l'ALÉNA établit un régime semblable à celui qui a été créé par les États-Unis avec leurs traités bilatéraux d'investissement, avec les différences suivantes [...]». Contra: D.R. Adair, «Investors' Rights: Evolutionary Process of Investment Treaties» (1999) 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195: «[L'ALÉNA] possède le mode de résolutions des différends entre investisseurs et État le plus agressif jusqu'à présent» à la page 202. Sur l'AMI toutefois, et de façon un peu contradictoire puisque le mode de règlement des différends de cet accord ressemble étrangement à celui inclut dans l'ALÉNA, il explique que cet accord ressemblera aux traités bilatéraux d'investissement et qu'il n'a jamais été question «de réinventer la roue», à la page 212.

faits par des investisseurs des pays de l'OCDE dans tous les pays membres de cette organisation. Plutôt qu'une innovation qualitative, nous devons donc dire que les provisions de l'ALÉNA et de feu l'AMI à ce sujet représentaient plutôt une avancée quantitative des droits des investisseurs.

Nous verrons donc dans les prochaines pages qu'au niveau des conditions d'accès à l'arbitrage ainsi qu'à celui des formes de celle-ci ou du droit applicable, autant l'ALÉNA que l'AMI ne font, (ou ne faisait dans le cas de l'AMI) que reprendre des provisions existant déjà dans les traités bilatéraux en vigueur à l'intérieur des Amériques, en les transformant parfois légèrement pour qu'ils soient un peu plus conformes aux intérêts des investisseurs.

Les conditions d'accès à l'arbitrage.

La possibilité d'avoir recours à l'arbitrage et aux règles élaborées par la CCI, le CIRDI ou la CNUDCI fut perçue comme un gain par les investisseurs internationaux pour les raisons énumérées plus haut. Mais pour pouvoir bénéficier de ces avantages, l'investisseur devait avoir réussi à insérer une clause compromissoire à l'intérieur du contrat d'investissement entre lui et l'État accueillant ses investissements. Il s'agissait donc d'une mesure qui devait être négociée de façon individuelle, et qui, malgré la pénurie relative de capitaux internationaux disponibles, n'était pas toujours si facile à obtenir, particulièrement pour les investisseurs plus modestes. C'est, entre autres, pour éviter aux investisseurs d'avoir à négocier individuellement de telles clauses que les gouvernements des pays exportateurs de capitaux ont entrepris de conclure des traités concernant le traitement des investissements avec les pays recevant ces investissements.

Les premiers traités sur le sujet furent les traités d'amitié, de commerce et de navigation (*friendship, commerce and navigation treaties*). Ces traités, qui demeurent à ce jour le principal instrument de régulation des investissements entre les États-Unis et les autres pays membres de l'OCDE, avaient à l'origine comme objectif principal de faciliter les échanges commerciaux mais visaient aussi à protéger la propriété privée des nationaux des deux parties et à assurer le rapatriement des profits de ceux-ci. Même si, aux États-Unis, ils furent considérés au cours des années 1930 et 1940 comme étant l'instrument primaire de la stratégie de protection des investissements à l'étranger¹⁰¹, ils jouissaient, aux yeux des investisseurs, de graves lacunes au niveau de l'application effective de ces protections. En effet, les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation ne prévoyaient aucun moyen de régler les différends. En cas de désaccord, l'État de l'investisseur lésé pouvait demander la restitution des biens, avant de prendre des mesures de représailles commerciales voir de déclarer la guerre à l'autre État¹⁰². Pour régler cette anomalie, les traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les États-Unis à partir des années 30 et 40 permettent explicitement aux différends d'être portés devant la Cour

¹⁰¹ C.N. Camponovo, *Supra* note 13, à la page 187.

¹⁰² *Ibid.*

Internationale de Justice (CIJ). Sous ce régime donc, les investisseurs n'ont pas la possibilité de poursuivre directement l'État qui accueille ses investissements, et doivent donc, encore, s'en remettre à la protection diplomatique¹⁰³. Le fait que ces traités ne prévoient pas de modes de résolution de différends entre investisseurs et États ont fait dire à certains auteurs qu'ils ne donnent finalement qu'une protection illusoire aux investissements¹⁰⁴.

C'est à l'intérieur des traités bilatéraux d'investissement que le recours direct à l'arbitrage international fut accordé aux investisseurs. Le premier de ces traités impliquant les États-Unis ou la Canada et un pays d'Amérique latine ou des Caraïbes fut le traité que signèrent les États-Unis et le Panama en 1982¹⁰⁵. Ce traité prévoit d'abord une procédure de règlement des différends pour les conflits entre États¹⁰⁶, procédure qui implique le recours à la CIJ ou à un tribunal arbitral. Mais surtout, il introduit à l'intérieur des Amériques la possibilité pour un investisseur de poursuivre un État étranger lorsqu'il considère que ses intérêts ont été lésés à cause de l'action de celui-ci.

Ce traité prévoit en effet que si une dispute naît entre une Partie et un national ou une compagnie de l'autre Partie à propos de :

- a) the interpretation or application of an investment agreement between that Party and such national or company ;
- b) the interpretation or application of an investment authorization granted by that Party's foreign investment to such national or company ; or
- c) an alleged breach of any right conferred or created by the treaty with respect to an investment¹⁰⁷

Si une dispute naît à propos d'un de ces points disions-nous donc, les parties doivent chercher à trouver une solution par la négociation et la consultation. Si ces mesures sont insuffisantes pour régler le différend: «it shall be submitted for settlement in accordance with applicable previously agreed settlement procedures»¹⁰⁸. Est-ce que ces procédures de règlement des différends doivent avoir été insérées dans le contrat d'investissement entre l'État et l'investisseur, ou les investisseurs des parties peuvent-ils tous avoir accès à la procédure décrite dans les autres dispositions de l'article VII nonobstant la présence d'une clause compromissoire dans ce contrat? La formulation de ce libellé n'est pas claire, mais elle a été corrigée lors des traités conclus plus tard par les États-Unis. Déjà, le traité signé l'année suivante avec Haïti (qui, rappelons-le, n'est toutefois jamais entré en vigueur

¹⁰³ Voir D.R. Adair, *Supra* note 100 à la page 197. Pour une analyse de la protection diplomatique, voir ci-dessus aux pages 4 et suivantes.

¹⁰⁴ C.N. Camponovo, *Supra* note 13, à la page 188.

¹⁰⁵ *Treaty between the United States of America and the Republic of Panama Concerning the Treatment and the Protection of Investment*, 27 octobre 1982, en ligne: Organization of American States <<http://www.sice.oas.org/bits/panusatc.st>> (date d'accès: premier décembre 1999) (entrée en vigueur: 30 mai 1991).

¹⁰⁶ *Ibid.*, art. VIII.

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. VII(1).

¹⁰⁸ *Ibid.*, art. VII(2).

parce que non ratifié) éclaircissait un peu l'interprétation de cet article. Il prévoyait qu'un différend : «shall be submitted for settlement in accordance with any applicable, previously agreed to, dispute settlement procedures»¹⁰⁹, (c'est nous qui soulignons) ce qui peut laisser supposer que les procédures incluses dans le traité même font partie des «any agreement». Les traités signés par les États-Unis depuis 1991 ont toutefois complètement éliminé cette confusion. La nouvelle formulation est celle-ci :

A national or company that is a party to an investment dispute may submit the dispute for resolution under one of the following alternatives:

- a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or
- b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or
- c) in accordance with the terms of paragraph 3¹¹⁰

Ce paragraphe 3 est celui qui introduit justement les procédures d'arbitrage permises, c'est-à-dire habituellement les règlements d'arbitrage du CIRDI ou de la CNUDCI.

Depuis ce traité signé par les États-Unis avec l'Argentine, on concrétise donc hors de tout doute la possibilité qu'ont les investisseurs de poursuivre les États devant des tribunaux arbitraux. Par cette formulation, les États parties aux traités donnent automatiquement leur consentement à un recours à un tribunal arbitral international dans un différend avec n'importe quel investisseur de la partie adverse. Cette situation diffère avec celle qui existait précédemment où, comme on l'a vu, une clause compromissoire prévoyant un tel recours était nécessaire pour garantir un tel recours.

Les traités bilatéraux d'investissement signés par le Canada, quoi que ne reprenant pas la même formulation, ont le même effet. Habituellement, le libellé de l'article prévoyant les conditions où un différend peut être soumis à l'arbitrage se lit comme suit :

Un investisseur peut, en conformité avec le paragraphe (4), soumettre à l'arbitrage un différend visé au paragraphe (1), uniquement si les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'investisseur a consenti par écrit à l'arbitrage ;
- b) l'investisseur a renoncé à son droit d'engager ou de continuer toute autre procédure, relativement à la mesure prétendument contraire au présent accord, devant les juridictions civiles ou administratives de la Partie contractante en cause, ou un organe de règlement des différends ;
- c) si l'affaire se rapporte à des questions fiscales, les conditions prévues au paragraphe (5) de l'article XII ont été remplies ;

¹⁰⁹ *Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, *Supra* note 25.

¹¹⁰ Cet article est le libellé du dernier traité signé par les États-Unis, mais tous les traités signés depuis 1991 reprennent presque mot à mot cette formulation; *Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of El Salvador for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, le 10 mars 1999, en ligne: Organization of American States <http://www.sice.oas.org/bits/usasal_e.stm> (date d'accès: 19 septembre 1999) (pas encore entrée en vigueur), art IX(2).

d) un maximum de trois années se sont écoulées à partir du jour où l'investisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la prétendue violation et des pertes ou des dommages qu'elle lui a causés¹¹¹.

Une légère addition est à noter dans le cas du traité avec le Costa Rica où on souligne que «dans le cas où le Costa Rica est partie au différend, aucun jugement n'a été rendu par un tribunal costaricien au sujet de la mesure prétendue en violation de l'Accord»¹¹².

L'*Accord de libre-échange nord-américain*¹¹³ accorde un accès de même nature aux investisseurs. L'article 1121 permet en effet à un de ceux-ci de soumettre un différend à l'arbitrage : [...]

dans les cas où la plainte porte sur des pertes subies par une personne qui a des intérêts dans une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante¹¹⁴.

L'*Accord multilatéral sur l'investissement*¹¹⁵ prévoyait des recours en ligne directe avec ces traités. Lors d'un différend avec un État, l'investisseur pouvait soumettre celui-ci :

a) aux juridictions judiciaires ou administratives compétentes de la partie contractante qui est partie au différend;

¹¹¹ Voir par exemple *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, 29 avril 1996, R.T.Can 1997 no 25 (en vigueur le 6 juin 1997), art XIII(3).

¹¹² *Accord entre le gouvernement de la République du Costa Rica et le gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection des investissements*, 18 mars 1998, en ligne Organization of American States <http://www.sice.oas.org/bits/cancos_f.stm> (date d'accès: 19 septembre 1999) (pas encore entré en vigueur).

¹¹³ ALÉNA, *Supra* note 78. Il existe une imposante bibliographie sur son mode de règlement des différends, voir par exemple: R.G. Derden, «Arbitration of Expropriation Disputes between an Investor and the State under the North American Free Trade Agreement» (1995) 29:1 *J.W.T.* 117; C.O. Taylor, *Supra* note 75; F.J. Garcia, «Decision Making and Dispute Resolution in the Free Trade Area of the Americas: An Essay in Trade Governance» (1997) 18:2 *Mich. J. Int'l. L.* 357; D. Lopez «Dispute Resolution under a Free Trade Area of the Americas: The Shape of Things to Come» *U. Miami Inter-Am'n. L. R.* 597; J.R. Holbein et G. Carpentier, «Trade Agreement and Dispute Settlement Mechanisms in the Western Hemisphere» 1993 25 *Case W. Res. Int'l. L.* 531; C.N. Caponovo, *Supra* note 13; et D.R. Adair, *Supra* note 100.

¹¹⁴ ALÉNA, *Supra* note 78, art. 1121 (1)(a).

¹¹⁵ AMI, *Supra* note 92. Rappelons une fois de plus que cet accord a été négocié par les pays de l'OCDE mais n'est pas entré en vigueur à cause du retrait de la France des négociations.

- b) conformément à toute procédure applicable au règlement des différends convenue préalablement au différend; ou
- c) par arbitrage conformément au présent article [...]¹¹⁶

Le consentement des parties à ce qu'un différend soit soumis à un arbitrage international était «inconditionnel»¹¹⁷, sous la seule réserve qu'un État pouvait exiger que l'investisseur ait renoncé à soumettre le différend à toute autre procédure de règlement des différends¹¹⁸.

Ce qui caractérise ces traités, en ce qui concerne le recours à un système d'arbitrage international, c'est le consentement, souvent implicite mais parfois même explicite, des États à accepter de présenter un différend devant une telle instance. En parlant du mode de règlement des différends inclus dans le chapitre 11 de l'ALÉNA, Taylor explique qu'il a été construit de façon à remplacer les procédures judiciaires nationales¹¹⁹. Nous pouvons aussi inclure dans son raisonnement l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement étudiés dans ces pages. A cet égard donc, les traités bilatéraux d'investissement ont représenté, du point de vue des investisseurs, une amélioration qualitative des recours qui leur étaient ouverts, alors que l'ALÉNA a représenté un accroissement quantitatif de celle-ci à cause de l'importance du flux d'investissement existant entre les trois signataires de ce traité. Mais, chose à retenir, dès le traité conclu entre les États-Unis et le Panama, le signal était lancé en faveur d'un accès direct pour les investisseurs vers un tribunal arbitral international en cas d'un différend avec un pays accueillant leurs investissements. C'est cet accès qui permet maintenant aux investisseurs de poursuivre un État étranger devant un tribunal international s'il croit que ses intérêts sont lésés par celui-ci. Par ce consentement des États de conclure un différend avec un investisseur étranger devant un tribunal arbitral international, on assiste à l'abandon pure et simple de la doctrine Calvo qui était si chère aux pays d'Amérique latine, on s'en souvient.

De plus, il est important de souligner que même si ces traités permettent à l'investisseur de choisir le forum devant lequel il a l'intention de soumettre un différend, à savoir un tribunal national ou un arbitrage international, ils lui enlèvent toutefois la possibilité de porter sa cause devant plusieurs instances, et de retenir l'interprétation particulière de l'une d'entre elles.

Les formes de l'arbitrage.

Nous avons vu dans la partie précédente que très tôt dans ce siècle, les investisseurs ont tenté d'uniformiser les règlements d'arbitrage régissant les différends entre eux et les États accueillant leurs investissements. D'où les règlements d'arbitrage créés par la CCI, le CIRDI et la CNUDCI par exemple¹²⁰. Bien qu'à l'origine ces règlements furent créés

¹¹⁶ *Ibid.*, chapitre V, partie D, art. 2.

¹¹⁷ *Ibid.*, chapitre V, partie D, art. 3(a).

¹¹⁸ *Ibid.*, chapitre V, partie D, art. 3(b).

¹¹⁹ C.O. Taylor, *Supra* note 75, à la page 879.

¹²⁰ Voir *Infra*, partie 2.

pour régir les arbitrages tirant leur source d'une clause compromissoire insérée dans un contrat entre un investisseur et un État étranger, c'est à ceux-ci que font référence les traités bilatéraux d'investissement et l'ALÉNA, et qu'aurait fait référence l'AMI si les pays de l'OCDE avaient réussi à s'entendre à son sujet.

Les plus anciens traités bilatéraux conclus par les États-Unis ne se réfèrent qu'aux règles du CIRDI et/ou à son Règlement du mécanisme supplémentaire¹²¹. En plus de ces recours, ceux qui ont été signés depuis 1991 permettent aussi d'utiliser le règlement de la CNUDCI ou «any other arbitration institution, or in accordance with other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute»¹²². De la même façon, les traités dont le Canada est partie, ainsi que l'ALÉNA prévoient que les différends seront réglés selon les règlements du CIRDI ou de la CNUDCI¹²³.

C'est là entre autres qu'une analyse des textes issus des négociations avortées à l'OCDE pour cet *Accord multilatéral sur l'investissement* surprend. Nous avons souligné précédemment l'anomalie du règlement d'arbitrage de la CCI qui donne à la Cour Internationale d'arbitrage un sérieux droit de regard sur les sentences rendues sous les auspices de ce règlement¹²⁴. Pourtant, l'AMI prévoyait que les différends auraient pu être soumis :

- a. aux juridictions judiciaires ou administratives compétentes de la partie contractante qui est partie au différend ;
- b. conformément à toute procédure applicable au règlement des différends convenues préalablement au différend ; ou
- c. par arbitrage conformément au présent article dans le cadre :
 - i. de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (ci-après dénommée «convention CIRDI»), si la convention du CIRDI est utilisable ;
 - ii. du règlement régissant le mécanisme supplémentaire du Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après dénommée «mécanisme supplémentaire du CIRDI»), si le mécanisme supplémentaire du CIRDI est utilisable ;
 - iii. les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après dénommée CNUDCI) ; ou
 - iv. Les règles d'arbitrage de la Chambre de commerce international (ci-après dénommée CCI)¹²⁵. (c'est nous qui soulignons).

¹²¹ Pour un exemple de traité comprenant un tel renvoi, voir *Treaty between the United States of America and the Republic of Panama Concerning the treatment and Protection of Investment*, *Supra* note 105, art. VII (3).

¹²² Voir par exemple *Agreement between the United States of America and the Argentina Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, *Supra* note 77.

¹²³ Voir par exemple *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, *Supra* note 110; ALÉNA, *supra* note 78, art. 1121(2).

¹²⁴ Voir *Supra* aux pages 9 et suivantes.

¹²⁵ AMI, *Supra* note 92, chapitre V, partie D, art. 2.

Alors qu'en Amérique on avait rejeté la procédure d'arbitrage de la CCI dans les traités bilatéraux et dans l'ALÉNA et qu'on l'avait remplacé par d'autres règles plus "neutres", l'AMI, peut-être sous l'influence des pays européens qui semblent utiliser ce processus beaucoup plus souvent que les pays d'Amérique, avait l'intention de réintroduire cette procédure pour régler les différends.

L'évolution à l'égard des formes d'arbitrage admissibles pour le règlement des différends est donc assez facile à définir et sûrement peu conflictuelle, si on fait exception de ce recours au règlement d'arbitrage de la CCI. On a tout simplement repris les règles qui étaient utilisées dans les contrats entre État et investisseur pour les insérer dans les traités.

Le droit applicable.

Nous avons expliqué plus tôt qu'un des principaux points de discorde entre les pays du Nord et ceux du Sud a concerné la définition du droit applicable¹²⁶. Traditionnellement, les pays du Nord, exportateurs de capitaux, veulent l'application du droit international, principalement composé de sources coutumières et de principes généraux de droit qu'ils avaient eux-mêmes élaborés à une époque où rares étaient les pays du Sud qui étaient indépendants. Ces derniers, importateurs de capitaux, préféreraient en revanche que les différends soient réglés devant leurs tribunaux nationaux et selon leur droit national. Cette question était au cœur de bien des débats lors des années 60 notamment. En Amérique latine, nous avons vu que cette position s'est, à une certaine époque, concrétisée autour de la doctrine Calvo.

Les gains réalisés à cet égard par les pays du Nord lors de l'adoption des différents règlements d'arbitrage étaient assez satisfaisants pour que les États-Unis ne fassent point mention, dans leurs traités bilatéraux d'investissement, au droit qui sera applicable lors des arbitrages. En effet, il leur semble vraisemblablement inutile d'insister sur l'applicabilité du droit international dans les traités qui prévoient que les différends seraient réglés au CIRDI ou en suivant les règles de la CNUDCI alors que ceux-ci laissent une large place au droit international lors de leurs sentences¹²⁷. Contrairement à eux, le Canada fait toujours insérer un libellé qui spécifie que "[l]e tribunal constitué en vertu du présent article tranche les points en litige en conformité avec le présent accord et avec les règles applicables du droit international"¹²⁸. Les libellés des articles traitant de ce sujet dans l'ALÉNA¹²⁹ et dans l'AMI¹³⁰ qui n'a jamais été conclu reprennent d'ailleurs presque textuellement cette formulation. La seule exception existe dans le traité conclu entre le Costa Rica et le Canada qui explique que le tribunal devra statuer en fonction du droit international et des règles

¹²⁶ Voir *Supra* aux pages 3 et suivantes.

¹²⁷ Voir *Supra* aux pages 9 et suivantes.

¹²⁸ Voir par exemple: *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, *Supra* note 111, art. XIII(7).

¹²⁹ ALÉNA, *Supra* note 78, art 1131.

¹³⁰ AMI, *Supra* note 92, chapitre V, partie D, art. 14.

applicables du droit interne de l'État d'accueil, "dans la mesure où ces règles de droit interne n'entrent pas en conflit avec l'Accord ou les principes du droit international"¹³¹. On voit bien que malgré l'application du droit interne, le droit international reste hiérarchiquement supérieur à celui-ci.

CONCLUSION

Nous avons tenté dans cette étude de démontrer que le mode de résolution des différends inséré dans l'ALÉNA, tout comme celui que les négociateurs des différents pays de l'OCDE ont tenté, en vain, d'insérer dans l'AMI, ne se placent pas en rupture avec ceux qui étaient prévus à l'intérieur des traités bilatéraux d'investissement, mais qu'ils sont plutôt le résultat d'une longue évolution du droit dans ce domaine. En effet, dès 1921, le règlement d'arbitrage de la CCI portait les germes des provisions de l'ALÉNA et de l'AMI, à savoir l'accès à des tribunaux internationaux et au droit international. Toutefois, ces possibilités n'existaient pour les investisseurs que lorsqu'ils réussissaient à insérer une clause compromissoire à cet effet dans le contrat régissant leurs investissements dans un pays étranger. Dès cette époque toutefois, le capital international avait entrepris ses efforts pour avoir de telles possibilités. Il ne lui restait qu'à attendre que les conditions politiques et économiques lui deviennent favorables pour qu'évolue le droit en sa faveur.

Ces conditions ont commencé à être réunies au cours des années 80, mais surtout au début des années 90. Le traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Argentine représente à cet effet un moment clé parce qu'il signifiait l'abandon de la doctrine Calvo par un pays important d'Amérique latine¹³². Celui-ci, ainsi que la majorité des autres traités bilatéraux d'investissement conclus par le Canada et les États-Unis d'une part, et les pays d'Amérique latine d'autre part, comprennent un mode de règlement des différends plutôt semblable à celui prévu dans l'ALÉNA et qui aurait été prévu dans l'AMI si cet accord avait vu le jour ; ces deux accords peuvent donc être considérés davantage comme un développement quantitatif que qualitatif des droits des investisseurs à cause de l'importance des pays parties à ces accords¹³³.

Il ne faudrait toutefois pas interpréter nos propos comme une banalisation des mobilisations populaires contre ces traités. Au contraire ! Ce que ces écrits suggèrent, c'est que cette mobilisation aurait dû avoir lieu avant, au moment où ces traités bilatéraux

¹³¹ *Accord entre le gouvernement de la République du Costa Rica et le gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection des investissements*, *Supra* note 112, art XII(7).

¹³² Voir sur cet opinion: B. Kishoiyan, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary Law" (1994) 14 *J. Intl L. Bus.* 327 à la page 367; sur l'abandon subséquent de la doctrine Calvo par les autres pays d'Amérique latine, voir J.R. Holbein et G. Carpentier, *Supra* note 113, à la page 563.

¹³³ Sur les ressemblances entre l'AMI, l'ALÉNA et les traités bilatéraux d'investissement, voir S.J. Canner, "The Multilateral Agreement on Investment" (1998) 31 *Cornell Intl L. J.* 657 à la page 680 et suivantes.

d'investissement ont commencé à être élaborés et, *a fortiori*, au moment où l'ALÉNA l'a été. Ce dernier a bien provoqué des remous, mais ceux-ci n'avaient pas l'ampleur de la contestation qui a entourée l'AMI ou le dernier sommet ministériel de l'OMC à Seattle par exemple. De plus, le mode de règlement des différends n'était pas au coeur de ces débats. Peut-être est-ce parce que la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA par exemple était: "la partie de l'ALÉNA que personne n'avait lu (ou compris), [mais malgré tout] sa partie la plus importante"¹³⁴?

En lui donnant un plus grand choix de recours, ces nouvelles opportunités offertes au capital international lui permet d'avoir, sur les investisseurs nationaux, un avantage certain. La protection offerte par le droit international semble souvent être supérieure à celle offerte par le droit interne de certains pays. Les investisseurs nationaux n'ont toutefois accès qu'à ce dernier, ce qui les laisse avec une protection inférieure à celle accordée aux investisseurs étrangers. Cette situation est particulièrement néfaste pour les pays en développement car ceux-ci, après avoir perdu la possibilité d'adopter des stratégies de développement axées sur le dirigisme étatique, perdent aussi l'opportunité de pencher vers un développement dont la bourgeoisie nationale serait la pierre angulaire¹³⁵.

Prenant appui sur les récentes poursuites en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA faites par des compagnies envers des États étrangers¹³⁶, certains crient à la perte de souveraineté politique de l'État et à la perte de contrôle des citoyens sur celui-ci. Il faut apporter ce bémol à ces affirmations : nos États ne sont pas sous contrôle de l'ensemble de sa population mais plutôt sous celui des citoyens les plus influents, les membres de la haute bourgeoisie nationale. Cette souveraineté politique, ce contrôle de l'État, a donc déjà échappé aux populations. La nouveauté de la globalisation, c'est que la politique des États, surtout dans le cas des pays qui sont fortement importateurs de capitaux, est de plus en plus influencée par la volonté des investisseurs étrangers. L'internationalisation des modes de règlement des différends permet donc au capital international d'avoir, comme le démontre ces poursuites, un droit de regard de plus en plus important sur les législations adoptées par les gouvernements étrangers.

Cette évolution continue des droits des investisseurs en ce qui a trait au règlement des différends nous permet d'avoir une idée des revendications de ceux-ci lors des prochaines négociations à la ZLÉA et à l'OMC. Il est indéniable que les différents groupes d'investisseurs internationaux, qu'ils proviennent des pays traditionnellement industrialisés ou des pays en développement, et qu'ils soient des grandes firmes transnationales ou des entreprises disposant d'un capital de départ plus modeste, ces groupes d'investisseurs

¹³⁴ M. Nolan et D. Lippoldt, "Obscure NAFTA Clause Empowers Private Parties" *The Nat'l L. J.*, 6 avril 1998, à la page B8, citation reprise par D.R. Adair, *Supra* note 100, la page 204.

¹³⁵ Ce qui n'empêchent pas certains d'entre eux, convaincus des bienfaits des investissements étrangers, d'adhérer volontairement à ces accords. A preuve, l'Argentine et le Brésil qui avaient annoncé leur volonté d'adhérer à l'AMI; D.R. Adair, *Supra* note 100, à la page 211. Pour une explication de ce comportement, voir A.T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties" (1998) 38 *Va. J. Int'l L.* 639.

¹³⁶ Voir *Supra* note 137.

disions-nous, chercheront à agrandir l'espace géographique où il leur est possible d'avoir accès à un tribunal arbitral international qui utilise le droit international pour régler les conflits avec les États accueillant leurs investissements. Pour ce faire, il est fort probable qu'ils voudront qu'on utilise le chapitre 11 de l'ALÉNA comme modèle de règlement des différends car c'est bien lui qui, jusqu'à présent, leur offre non seulement une protection de leurs investissements qu'ils jugent adéquate, mais également dans certains cas un accès direct au coeur même du processus législatif des États étrangers accueillant leurs investissements, comme nous sommes à même de le constater depuis peu avec les dernières poursuites intentées contre des États en vertu de cet accord.

ANNEXE

Ratifications de traités par les pays d'Amérique latine et des Caraïbes.

État	CIRDI (a)	Conv. New-York (b)
Antigua-Bermuda		(r) 02-05-89
Argentine	(s) 21-05-91 (r) 19-10-94	(s) 26-08-58 (r) 14-03-89
Bahamas	(s) 19-10-95 (r) 19-10-95	
Barbade	(s) 13-05-81 (r) 01-11-83	(r) 16-03-93
Belize	(s) 19-12-86	
Bolivie	(r) 03-05-91 (s) 23-16-95	(r) 28-04-95
Brésil		
Canada		(r) 12-05-86
Chili	(s) 25-01-91 (r) 24-09-91	(r) 04-09-75
Colombie	(s) 18-05-93 (r) 15-07-97	(r) 25-09-79
Costa Rica	(s) 29-09-81 (r) 27-04-93	(s) 10-06-58 (r) 26-10-87
Cuba		(r) 30-12-74
Dominique		(r) 28-10-88
Équateur	(s) 15-01-86 (r) 15-01-86	(s) 17-12-58 (r) 03-01-62

El Salvador	(s) 09-06-82	(s) 10-06-58
	(r) 06-03-84	(r) 26-02-98
États-Unis	(s) 27-08-65	(r) 30-09-70
	(r) 10-06-66	
Grenade	(s) 24-05-91	
	(r) 24-05-91	
Guatemala	(s) 09-11-95	(r) 21-03-84
Guyane	(s) 03-07-69	
	(r) 11-07-69	
Haïti	(s) 30-01-85	(r) 05-12-83
Honduras	(s) 28-05-86	
	(r) 14-02-89	
Jamaïque	(s) 23-06-65	
	(r) 09-09-66	
Mexique		(r) 14-04-71
Nicaragua	(s) 04-02-94	
	(r) 20-03-95	
Panama	(s) 22-11-95	
	(s) 22-11-95	(r) 10-10-84
	(r) 08-04-96	
Paraguay	(s) 27-07-81	(r) 08-10-97
	(r) 07-01-83	
Pérou	(s) 04-09-91	(r) 07-07-88
	(r) 09-08-93	
République Dominicaine		
St-Kitts/Névis	(s) 14-10-94	
	(r) 04-08-95	
Sainte-Lucie	(s) 04-06-84	

(r) 04-06-84

Saint-Vincent/Grenadines

Suriname

Trinité et Tobago

(s) 05-10-66

(r) 14-02-66

(r) 01-01-67

Uruguay

(s) 28-05-92

(r) 30-03-83

Venezuela

(r) 08-02-95

(a) *Conventions sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU, 4 I.L.M. 524, (en vigueur: 14 novembre 1966). Les ratifications et les signatures en vigueur au 27 septembre 1998.

(b) *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 septembre 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur: 7 juin 1959) Les ratifications et les signatures en vigueur au 30 avril 1999.

(r) Ratification

(s) Signature

SOURCES ET RÉFÉRENCES

A) Traités généraux.

- D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 4e édition, Paris, LGDJ, 1998.
- B. COLAS (dir.), *Accords économiques internationaux: répertoire des accords et des institutions*, Paris, La documentation française- Wilson Lafleur, 1990.
- P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- P. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10e édition, Paris, Économica, 1997.
- N. QUOC DIHN, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 4e édition, Paris, LGDJ, 1992.
- A. PRUJINER, *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson Lafleur, 1992.
- I. SEIDLE-HOHENVELDERN, *International Economic Law*, Dordrecht, M-Nijhoff, 1989.
- M. SORNARJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- G.I. TUNKIN, *Droit international public, problèmes théoriques*, Paris, éd. A Pédone, 1965.

B) Monographies.

- R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Économica, 1982.
- T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Zürich, Études suisses de droit international, 1989.
- A. KASSIS, *Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International: Les déviations de l'arbitrage international*, Paris, LGDJ, 1988.
- J.P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Genève, PUF, 1985.
- J.D.M. LEW (dir.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.
- S.J. TOOPE, *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius publications, 1990.

C) Articles

- D.R. ADAIR, "Investors' Rights: Evolutionary Process of Investment Treaties" (1999) 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195.
- G. ABI-SAAD, "La souveraineté permanente sur les ressources naturelles", dans M. BEDJAOUI, *Droit international: Bilan et perspective*, t.2, Paris, éd. A. Pédone, 1991, 639.
- S.K.B. ASSANTE, "Droit international et investissements", dans M. BEDJAOUI, *Droit international: Bilan et perspective*, t.2, Paris, éd. A. Pédone, 1991, 711.
- E. M. BURT, "Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization" 12 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 1015.
- C.N. CAMPONOVO, "Dispute Settlement and the OECD Multilateral Agreement on Investment" (1996) 1 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* 181.
- S.J. CANNER, "The Multilateral Agreement on Investment" (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 657.
- P. CIVELLO, "The TRIMs Agreement: A Failed Attempt at Investment Liberalisation" (1999) 8 *Minn. J. Global Trade* 97.
- W. CRANE, "Corporation swallowing Nations: The OECD and The Multilateral Agreement on Investment" (1998) 9 *Colo. J. Int'l Environ'tl L. & Pol'y* 429.
- C.K. DALRYMPLE, "Politics and Foreign Direct Investment: The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause" (1996) *Cornell Int'l L. J.* 161.
- R.G. DERDEN, "Arbitration of Expropriation Disputes between an Investor and the State under the North American Free Trade Agreement" (1995) 29:1 *J.W.T.* 117.
- P. FOUCHARD, "Où va l'arbitrage international?", (1989) 34 *Revue de droit de McGill* 435.
- F.J. GARCIA, "Decision Making and Dispute Resolution in the Free Trade Area of the Americas: An essay in Trade Governance" (1997) 18:2 *Mich. J. Int'l. L.* 357.
- A.T. GUZMAN, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral investment Treaties" (1998) 38 *Va. J. Int'l L.* 639.
- J.R. HOLBEIN et G. CARPENTIER "Trade Agreement and the Dispute Settlement Mechanism in the Western Hemisphere" (1993) 25 *Case W. Res. Int'l L.* 531.
- P. JUILLARD, "Investissements" (1985) 31 *A.F.D.I.* 711.
- B. KISHOIYAN, "The utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary Law" (1994) 14 *J. Int'l L. Bus.* 327.
- D. LOPEZ "Dispute Resolution under a Free Trade Area of the Americas: The Shape of Things to come" *U. Miami Inter-Am. L. R.* 597.
- F. RIGAUX, "Les sociétés transnationales", dans M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international: Bilan et perspectives*, Tome 1, Paris, éd. A. Pedone, 1991.
- C.O. TAYLOR, "Dispute Resolution as a Catalyst for Economic Integration and Agent for Deepening Integration: NAFTA and Mercosur?" (1997) 17 *J. Int'l L. Bus.* 850.

M. VALLIANATOS, "De-Fanging the MAI" (1998) 31 *Cornell Int'l L. J.* 713.

K.J. VANDEVELDE "Investment Liberalisation and Economic Development: The Role of Bilateral Treaties" 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 501.

D) Outils d'organisations internationales.

CCI, *Règlement d'arbitrage de la CCI*, Rés CCI, premier juillet 1921, 28 I.L.M. 231, aussi disponible en ligne: Chambre de Commerce Internationale (<http://www.iccwbo.org>) (date d'accès: 6 octobre 1999).

OCDE, *La déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales: Examen 1991*, Paris, OCDE, 1992.

OCDE, *Accord multilatéral sur l'investissement: texte et commentaire consolidés*, (projet d'accord), 1997, en ligne: Dossiers du Monde Diplomatique (<http://www.monde-diplomatique.fr/dossiers/ami/>) (date d'accès: le 14 mai 1999).

OÉA, *Bilateral Investment Treaties in the Western Hemisphere*, Washington, 1996.

D) Traités et conventions internationales.

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, R.T.Can 1994 no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur: premier janvier 1994).

Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, 5 septembre 1996, en ligne: Ministère des Affaires étrangères et du commerce international (<http://www.dfait-maeci.gc.ca/francais/geo/lac/cda-chili/menu.htm>) (date d'accès: 2 juin 1999) (entrée en vigueur: 2 juin 1997).

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République d'Argentine pour la promotion et la protection des investissements, 5 novembre 1991, R.T.Can. 1993 no 11, (entrée en vigueur: 29 avril 1993).

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Trinité et Tobago pour la promotion et la protection réciproque des investissements, 11 septembre 1995, R.T.Can. 1996 no 22 (entrée en vigueur: 8 juillet 1996).

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République d'Équateur pour la promotion et la protection réciproque des investissements, 29 avril 1996, R.T.Can. 1997, no 25, (entrée en vigueur: 6 juin 1997).

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Barbade pour la promotion et la protection réciproque des investissements, 29 mai 1996, R.T.Can. 1997, no 4, (entrée en vigueur: 17 janvier 1997).

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Venezuela pour la promotion et la protection des investissements, premier juillet 1996, R.T.Can. 1998, no 20, (entrée en vigueur: 28 janvier 1998).

Agreement between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and the Protection of Investment 14 novembre 1991, en ligne: Organization of American States (<http://www.oas.org/bits/usaarg.stm>) (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 20 octobre 1994).

Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 11 octobre 1985, 24 I.L.M. 1598, (entrée en vigueur: 12 avril 1988).

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 10 novembre 1958, 330 RTNU (entrée en vigueur: 7 juin 1959).

Conventions sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, 575 RTNU, 4 I.L.M. 524, (en vigueur: 14 novembre 1966).

Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rés AG 31/98 (1976), Doc. off. AG NU, trente et unième session, supp. no 13, Doc NU A/31/17, chapitre V, section C (1976).

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27 août 1993, en ligne: Organization of American States (http://www.oas.org/bits/usaecu_e.stm) (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 11 mai 1997).

Treaty between the United States of America and Grenada Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 2 mai 1986, en ligne: Organization of American States (<http://www.oas.org/bits/usa.grent.stm>) (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 3 mars 1989).

Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 13 décembre 1983, en ligne: Organization of American States (<http://www.oas.org/bits/usa.grent.stm>) (date d'accès: 19 septembre 1999) (instrument non ratifié et non en vigueur au 18 mars 1999).

Treaty between the United States of America and the Government of the Republic of Honduras Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, premier juillet 1995, en ligne: Organization of American States (http://www.oas.org/bits/usahon_e.stm) (date d'accès: 19 septembre 1999) (instrument non ratifié et non en vigueur au 18 mars 1999).

Treaty between the United States of America and Jamaica Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 4 février 1994, en ligne: Organization of American States (http://www.oas.org/bits/jamus_e.stm) (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 7 mars 1997).

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, premier juillet 1995, en ligne: Organization of American States

http://www.oas.org/bits/jamus_e.stm (date d'accès: 19 septembre 1999)
(instrument non ratifié et non en vigueur au 18 mars 1999).

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Panama Concerning the Treatment Protection of Investment, 27 octobre 1982, en ligne: Organization of American States (<http://www.oas.org/bits/panusatc.stm>) (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 30 mai 1991).

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Trinidad and Tobago Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 26 septembre 1994, en ligne : Organization of American States (http://www.oas.org/bits/triusa_e.stm) (date d'accès: 19 septembre 1999) (entrée en vigueur: 26 décembre 1996).

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Bolivia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 17 avril 1998, en ligne: Organization of American States (http://www.oas.org/bits/triusa_e.stm) (date d'accès: 19 septembre 1999) (non ratifié et non en vigueur au 18 mars 1999).

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of El Salvador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 10 mars 1999, en ligne: Organization of American States (http://www.oas.org/bits/triusa_e.stm) (date d'accès: 19 septembre 1999) (non ratifié et non en vigueur au 18 mars 1999).